

UCAM – UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES
AMANDA POLIANA FERREIRA NUNES

(IN)EFICÁCIA DAS PENAS: O AUMENTO DA
REINCIDÊNCIA CRIMINAL.

Montes Claros,
2009.

AMANDA POLIANA FERREIRA NUNES

**(IN)EFICÁCIA DAS PENAS: O AUMENTO DA
REINCIDÊNCIA CRIMINAL.**

Montes Claros, maio de 2009.

AMANDA POLIANA FERREIRA NUNES

**(IN)EFICÁCIA DAS PENAS: O AUMENTO DA
REINCIDÊNCIA CRIMINAL.**

Monografia de Ciências Criminais de conclusão do Curso apresentada pela aluna AMANDA POLIANA FERREIRA NUNES à disciplina de Fundamentos da Metodologia do curso de Pós-Graduação do Praetorium em parceria com a UNICAN, tem como escopo fazer um comparativo crítico da ineficácia das penas, e o aumento constante da reincidência criminal.

Montes Claros, maio de 2009.

A espada sem a balança é força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança.

Rudolf Von Ihering.

Agradeço primeiramente a Deus por me capacitar para executar tão árdua tarefa, e por estar comigo a todo instante.

A minha família, amigos e namorado pelo apoio e compreensão incondicional, nesses dias de inteira dedicação a fim de que esse trabalho fosse feito.

AMANDA POLIANA FERREIRA NUNES
(IN)EFICÁCIA DAS PENAS: O AUMENTO DA REINCIDÊNCIA
CRIMINAL.

Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-Graduação *lato sensu*
apresentado a Universidade Cândido Mendes e ao Praetorium, como requisito
para a obtenção do título de Especialista em Ciências Criminais.

Aprovada em _____, _____, de 2009.

Professor (a) Orientador (a)

RESUMO

Com o objetivo de reprimir e prevenir a prática desses atos, o Estado estabelece sanções, que podem ser desde medidas de segurança à pena, que é a mais severa das sanções.

Para a realização do trabalho foi feita uma análise a partir do estudo de dados coletados na internet, bem como a situação prisional do Município de Montes Claros no Estado de Minas Gerais. Nesta pesquisa foram identificadas muitas dificuldades quanto a aplicação e implantação dos projetos e requisitos previstos na Lei de Execução Penal – LEP, quando se trata de guarda dos reeducandos com dignidade proporcionando a ressocialização, para que posteriormente se efetive a reintegração dos egressos do sistema prisional na sociedade.

O foco dessa pesquisa está nos detentos da cidade de Montes Claros, bem como os funcionários públicos que estão diretamente ligados a eles. Foi aplicado um teste com dez questões.

Neste contexto verificou-se que houve uma crescente melhora no tratamento dos detentos desde a assunção da Subsecretaria de Segurança Prisional na direção dos Presídios, de forma que ficou evidenciado uma melhora no tratamento com os reeducandos.

Palavras Chaves: Sistema Prisional, reeducandos e ressocialização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 8	8
Capítulo I – A evolução da repressão penal no mundo no Brasil e no mundo	
1.1. Conceito e finalidade da pena	9
1.2. Vingança privada	11
1.3. Vingança divina	14
1.4. Vingança pública	15
1.5. Período humanitário	16
1.6. Escola Clássica	18
1.7. Período Científico	21
Capítulo II - Origem e classificação das penas	26
2.1. Teorias absolutas ou de justiça: Pena retributiva e expiatória	26
2.2. Teoria restaurativa	30
2.3. Classificação e tipo de pena	31
2.4. Características	45
Capítulo III - Evolução do Direito Penal no Brasil	
3.1. O Direito Penal no Brasil Colônia	46
3.2. A Independência do Brasil e o Império	48
3.3. O Código Penal da República	49
3.4. O Código Penal de 1940	50
3.5. O Código Penal de 1969	50
3.6. Alterações na Parte Geral em 1984	51
Capítulo IV - A execução penal no sistema prisional brasileiro	64
4.1. O Direito Penitenciário	64

4.2. O estado atual das instituições de cumprimento de pena	66
4.3. População Carcerária	68
Capítulo V - Reincidência criminal no Brasil	73
5.1. Apoio da família	76
5.2. Prática de combate ao ócio e assistência	77
5.3. Educação no estabelecimento prisional e ressocialização para o indivíduo delituoso	79
Conclusão	82
Bibliografia	84

INTRODUÇÃO

Desde quando existem relatos sobre a humanidade, é possível observar que o homem busca sempre organizar-se em grupos ou sociedades. Das sociedades pré-letradas até às pós-industriais, os homens movem-se dentro de sistemas de regras. Todavia esse convívio nem sempre – e durante anos, quase nunca – se deu de forma harmônica, uma vez que o homem, como qualquer outro animal, por vezes expõe o seu lado instintivo da agressividade.

É exatamente visando à regulação desse convívio, evitando tais conflitos, que surge o Direito Penal, cujo escopo principal é defender a coletividade, buscando uma sociedade mais pacífica e prevenir danos aos bens jurídicos relevantes.

Contudo, a história do direito penal não é contínua, apesar de sempre estar envolvida numa luta da qual vai surgindo, arduamente a concepção do homem como pessoa, isto é, como ser dotado de autonomia moral.

Com o objetivo de reprimir e prevenir a prática desses atos, o Estado estabelece sanções, que podem ser desde medidas de segurança à pena, que é a mais severa das sanções.

Para se fixar uma pena, é preciso levar em conta a gravidade do dano causado pelo ofensor, a fim de satisfazer uma exigência da justiça.

Ao longo da história da humanidade, pode-se perceber que o conceito de pena e as formas de aplicá-las foram sofrendo inúmeras variações, até chegar ao que é hoje, posto que, ao lado do objetivo punitivo, encontra-se também o objetivo social que visa a promoção da recuperação social, ou segregação do meio nos casos de desajuste irreduzível.

Após uma análise do direito penal atual e da aplicação das penas, é importante verificar a eficácia dos métodos empregados na ressocialização de quem um dia obsteu a lei.

CAPÍTULO I

A evolução da repressão penal no Brasil e no mundo;

1.1. Conceito e finalidade da pena

O termo pena advém do latim *poena*, que por sinal tem derivação grega, *poine*, e, mais à frente, no sânscrito (língua constitucional da Índia) *punia*, cuja conceituação básica quer dizer sofrimento, ou mais particularmente, dor, dó, lástima, no sentido de ter-se pena de alguém¹.

Pena é a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime. É da sua origem o caráter aflitivo e retributivo. É aflitiva no sentido de que consiste na privação ou restrição de bens jurídicos fundamentais do criminoso. É um mal em si mesma que se opõe ao mal do delito e em que se exprime a reprovação da ordem do Direito. É retributiva porque deve ser posta em correlação na sua qualidade e quantidade com a grandeza do crime e o grau da culpabilidade do agente.

Na conceituação da Enciclopédia Mirador Internacional, verbete pena, referência de José Breda², a pena é *“uma reação que uma comunidade politicamente organizada opõe ao perigo de desagregação com que a ameaçam fatos que abalariam seus próprios fundamentos, se não eficazmente reprimidos.”*

¹ RODRIGUES, Paulo Daher, Pena de Morte, Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2006, p.29.

² BREDA, José. Pena de morte. São Paulo, Teixeira, 1984, p.18-107

Para Carvalho, H. V.³, *“pena é o tratamento compulsório, ressocializante, personalizado e indeterminado”*.

De fato, pode ser entendida como a forma que a sociedade civil organizada encontrou para responder ao mal praticado pelo delinqüente, que deve guardar proporcionalidade com a gravidade do próprio crime.

Essa proporcionalidade começou por consistir em dano igual ao que o agente causara, na grosseira equivalência da medida do talião, em que ainda Kant apoiava a sua justiça punitiva, mas terminou por tomar o aspecto de uma correlação de valores, um mal que equivalesse ao mal causado, sem excluir a restituição do dano.

Mas a visão de pena do Direito moderno não é só retribuição e aflição, representada pela punição com que o Estado ameaça o possível infrator, que após o devido processo legal, se comprovada a culpa ou dolo, torna-se um criminoso, expiando o seu delito. Alargou-se nos seus fins, assim como, naturalmente, no seu conceito.

De meio de expiação do crime, passou a ser também instrumento prático de luta contra a criminalidade, buscando preveni-la por ação geral sobre todos e especial sobre o próprio delinqüente. A pena tem por finalidade a prevenção especial e geral, ou seja, advertir o que delinqüiu, mas também os outros cidadãos, a fim de se evitar a prática de novas infrações.

Para Damásio *“a pena tem finalidade de prevenção. Esta prevenção pode ser geral, no sentido de que o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes; ou pode ser especial, visando o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinqüir e procurando corrigi-lo”*⁴.

Para Soler a pena como sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), é uma retribuição pelo seu

³ CARVALHO, H.V. Compêndio de criminologia. São Paulo, 1973, p.348.

⁴ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio – Direito Penal, 1º Volume – Parte Geral, 1998, 21ª Edição, Editora Saraiva, p. 517.

ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos⁵.

Na realidade, o Direito Penal moderno está fazendo da pena o meio juridicamente instituído pelo qual o Estado procura promover a defesa social contra a agressão a bens jurídicos fundamentais, definida na lei como crime, atuando psicologicamente sobre a coletividade ou pelos processos convenientes de ajustamento social sobre o criminoso.

A pena hoje tem que ser vista também como meio de (re)socialização e (re)educação do criminoso, não como algo meramente retributivo, nem somente preventivo.

Cumpra também ressaltar, que o desenvolvimento das civilizações e o nascimento de uma nova visão jurídica em relação a pena e sua aplicação, teve grande influencia dos direitos fundamentais do homem, que de forma decisiva participou da evolução histórica do Direito Penal.

A vingança penal, doutrinariamente, é dividida em três fases: privada, divina e pública; porém, essas fases não obedeceram a uma divisão sistemática, já que uma fase convivia com a outra até que uma delas prevalecesse.

1.2. Vingança Privada

Esse período da história da humanidade inicia-se desde o início da origem do homem prolongando-se até final do século XVIII. É marcado pela falta de um sistema estruturado da própria sociedade primitiva não possuindo princípios gerais visto que esta mesma organização primitiva era envolta em um ambiente primitivo cheio de credices e muita religiosidade. Assim realizada uma conduta que não fosse aceita por um de seus membros ou até por membros de outra sociedade vizinha de imediato ocorreria a resposta do ofendido ou até mesmo do

⁵ (SOLER, Derecho penal argentino, Buenos Aires, TEA, 1970, v.2, p.342, constante do livro Tratado de direito penal, Saraiva, 1956, v.3, p.103)

seu grupo social, buscando a sua vingança, agindo muitas vezes sem proporção a ofensa, atingindo não só o agressor mas também toda o seu grupo.

Caracterizando assim uma reação natural do indivíduo que ao se sentir ofendido em sua imagem, honra, patrimônio e família, procura recupera-la sem se ater para o reflexo de sua atitude deixando assim claro que se tratava de um movimento sociológico sem bases jurídicas para a sua aplicação já que não se possuía a medida da resposta ao delito.

Neste período tão marcante da história penal encontramos dois momentos que tiveram grande importância, iniciando uma normatização embrionária, que são o Código de Talião, onde a máxima desse período é a frase “olho por olho dente por dente” deixando bem claro como se consistia a vingança privada.

O outro momento marcante é a fase da Composição onde aquele que possuía como ressarcir o mal causado ficaria livre de um castigo maior contra si, estando bem caracterizado no Código de Hamurabi⁶:

Art. 209 – Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ciclos pelo feto.

Art. 210 – Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele. Assim como também se dispõem na Bíblia Sagrada Levítico 24, 17 – Todo aquele que feriu mortalmente um homem será morto. Também na Lei das XII Tábuas.

Tábua VII, 11 – Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo.

Esses dois períodos encontram-se retratados na história da seguinte forma nos dizeres de Magalhães Noronha⁷:

⁶ ARRUDA JR., Edmundo Lima de. et. al. Lições de Direito Alternativo. 2001, pág. 24.

⁷ COSTA JR., Paulo José da. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 2007. pág 130.

Conheceram os germânicos o talião e a composição, variando esta consoante à gravidade da ofensa. Compreendia o wehrgeld , indenização do dano, segundo uns, verdadeiro ato de submissão do ofensor ao ofendido, segundo outros; a Burs, preço pelo qual o agressor comprava o direito de vingança do agredido ou de sua família; e o Fredus, devido ao soberano. Os dois primeiros distinguam-se em que aquele se destinava aos crimes mais graves.

Todo esse período da história da vingança privada tinha por objetivo aplicar ao agressor uma resposta ao mal que ele causou na mesma proporção, ou em muitos casos de forma desproporcional ao dano causado, já que em muitas ofensas onde a principal delas e mais comum era contra a honra um conceito que não possuía mecanismos de valoração para a época.

Na evolução do pensamento humano percebe-se dois marcos que passaram a ficar caracterizados não como uma pena sem medidas, mas sim como um moderador de pena procurando assim não se gerar uma reação do ofendido pior do que foi a sua ofensa.

Na denominada Vingança Privada, a “sanção” era desproporcional à ofensa, ou seja, não só o infrator, mas toda a sua família, ou todo o seu grupo, sujeitava-se à incidência da “sanção”. Se o infrator fosse do mesmo grupo social a que a vítima pertencia, aplicar-se-ia o instituto do banimento - “expulsão da paz” - que consistia na exclusão do indivíduo do convívio social do seu grupo, sendo deixado à mercê de outros grupos, o que lhe ocasionava a morte. Quando a violação fosse praticada por um indivíduo alheio ao grupo social a que a vítima pertencia, a ele era aplicado o instituto da “vingança de sangue”; o grupo do ofensor era, normalmente, dizimado. Nessa fase não se conhecia qualquer idéia de direitos humanos: a reação contra o ofensor era quase que instintiva. O direito à vida era o maior direito e, para defendê-lo, valer-se-ia de qualquer forma de punição, não havendo, dessa maneira, um limite ou uma proporcionalidade no

revide à agressão, pois conceitos como o de eqüidade e de justiça não eram conhecidos.

Com o evoluir dos tempos, a vingança privada encontrou na lei de Talião um instrumento que evitaria a dizimação das tribos. Partindo do princípio que reza “olho por olho, dente por dente”, os limites começam a ser impostos à sanção. É o início da proporcionalidade entre a ofensa e a vingança.

O Talião, ao limitar a abrangência da ação punitiva, aplicando a justa retribuição, significou um avanço na história do Direito Penal. Vários foram os documentos que o adotaram: o Código de Hamurabi (art. 209 - “Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ciclos pelo feto”, e art. 210 - “Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele”), também a Bíblia Sagrada (Levítico 24, 17 - “Todo aquele que ferir mortalmente um homem será morto”) e a Lei das XII Tábuas, da Roma Antiga (“Tábua VII, 11 - Se alguém fere a outrem, que sofra a pena do Talião, salvo se houver acordo”).

Um outro instituto, que também representou um avanço nas idéias penais, foi a Composição, sistema pelo qual o ofensor comprava o direito de represália para recompensar o dano; o pagamento era efetuado com animais, peles, moedas ou armas. Foi adotado pelo Código de Hamurabi, pelo Pentateuco e pelo Código de Manu, sendo aceito também pelo Direito Germânico. A Composição é a representação arcaica das modernas indenizações civis e das multas penais.

1.3. Vingança Divina

Os povos dos tempos primitivos foram decisivamente influenciados pela religião, e o Direito Penal, também sofreu essa influência, adquiriu assim, um caráter teocrático.

Essa é a fase denominada Vingança Divina, na qual a pena era um instrumento cruel, severo e desumano, utilizado para aplacar a “ira” da divindade

ofendida. A sanção penal era determinada pelo órgão sacerdotal e a dosimetria das penas aplicadas era consoante a grandeza do Deus ofendido, objetivando dessa maneira a purificação da alma do infrator. A religião confundia-se com o Direito e as leis em vigor originavam-se dos preceitos religiosos e morais; sendo assim, toda e qualquer infração dessas normas resultava na perda de direitos, se não, da vida. Tais princípios eram típicos do Código de Manu (Índia), mas também foram adotados na Babilônia, no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta) e pelo povo de Israel (Pentateuco).

Nos tempos primitivos, assumiam uma relação de causa e conseqüência com caráter unicamente vindicativo. Os grupos sociais desse tempo acreditavam que todos os males eram conseqüências de atos que desagradavam às divindades e, para abrandar a “ira” dos deuses, eram criados os “tabus”, que consistiam em proibições a cuja desobediência acarretaria a vingança contra o infrator.

1.4. Vingança Pública

Com um aparelho estatal melhor organizado, a pena deixou de ser aplicada por terceiros, passando a ser competência do Estado, que se encontraria munido do aparato da justiça a fim de manter a ordem pública. O surgimento do Estado, personificado na pessoa do soberano, é o que caracteriza a fase da Vingança Pública. Sob a justificativa de obediência religiosa, o chefe - rei, príncipe ou regente - assume o papel de punir, apenado os indivíduos de acordo com sua vontade, garantindo, assim, sua estabilidade.

A autoridade do soberano por “delegação” divina provocava terror às pessoas, pois a aplicação arbitrária das penas (cruéis e severas) visava à intimidação coletiva. A pena de morte era difundida por motivos que hoje são considerados banais, insignificantes. A segurança do soberano confundia-se com a segurança do Estado e, para garanti-la, valia-se de todas as arbitrariedades: mutilação, confisco de bens e até mesmo extrapolação da pena aos familiares do infrator.

Apesar de ter sido considerada um avanço, a transformação da pena em uma sanção imposta por uma autoridade pública continuou ferindo os direitos fundamentais do indivíduo.

1.5. Período Humanitário

Tamanha barbárie começou a ser questionada quando os povos se cansaram das arbitrariedades da administração da justiça penal e da crueldade com que eram aplicadas as penas. Tal período ficou conhecido como Período Humanitário, que transcorreu no final do século XVIII, com a origem do liberalismo burguês surgido a partir do conflito entre os interesses da burguesia e da nobreza. Este se fundamentou em um conjunto de idéias, que se destacaram através do movimento cultural denominado Iluminismo, cujos pensadores contestavam as idéias absolutistas.

Após o período do Renascimento intelectual da Europa, das descobertas de Copérnico, Kepler e Galileu, entre outros, é que surge o Iluminismo. Este sendo corrente de pensamento que afirma que as leis naturais regulam as relações sociais e considera os homens naturalmente bons e iguais entre si – quem os corrompe é a sociedade. Tem como principais idealizadores John Locke, Montesquieu, Voltaire e Rosseau.

No campo da justiça penal, depois da crítica e afirmações de Montesquieu, César Bonesana, o Marquês de Beccaria, publicou em 1764, o seu livro dos Delitos e das Penas, que indicou uma série de reformas, a começar pela abolição da pena de morte e da tortura, que visaram humanizar o Direito Penal, fundamentando-se, principalmente, no Contrato Social de Rosseau e Montesquieu.

Beccaria, em sua obra, questiona a severidade das penas; para ele, nem a tortura física, nem a aplicação da pena capital funcionam como instrumento

de intimidação e recuperação. Sustentava a necessidade de manter a integridade física do infrator e a proporcionalidade entre as penas e os delitos⁸:

Não só é interesse comum que não sejam cometidos delitos, mas também que eles sejam mais raros quanto maior o mal que causam à sociedade. Portanto, devem ser mais fortes os obstáculos que afastam os homens dos delitos na medida em que estes são contrários ao bem comum e na medida dos impulsos que os levam a delinqüir. Deve haver, pois, uma proporção entre os delitos e as penas.

Beccaria então propõe um novo fundamento à justiça penal⁹:

A moralização do homem. A educação seria, então, o ponto de partida para promover a dignidade humana, reagindo em defesa dos desafortunados e desfavorecidos pelo desumano panorama penal então vigente.

As diretrizes básicas da obra de Beccaria, que influenciaram o período humanitário, repercutiram em todo o mundo, principalmente na França, com a Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, em 1789, que representou um ideário da Revolução Francesa; fixando como regras, no Direito Penal, a igualdade e a individualização das penas.

A Declaração dos Direitos do Homem, nos seus art. VII e VIII, dispõe sobre o princípio da legalidade - *nullum crimen, nulla poena sine lege* - não presente nos períodos anteriores¹⁰:

VII - Nenhum homem pode ser acusado, sentenciado, nem preso se não for nos casos determinados pela lei e segundo as formas que ela tem previsto. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias, devem ser castigados; mas todo

⁸ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas, 2006, pág. 50.

⁹ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas, 2006, pág. 52.

¹⁰ Iden

cidadão chamado ou preso em virtude da lei deve obedecer no mesmo instante; torna-se culpado pela resistência.

VIII - A lei não deve estabelecer senão penas estritas e evidentemente necessárias e ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.

Tendo em vista os artigos citados, os Direitos Humanos começam a produzir uma série de efeitos na esfera penal. O caráter retributivo da pena está agora condicionado aos preceitos legais.

O movimento humanitário foi o precursor das teorias penais modernas com a defesa da dignidade do indivíduo, seja reduzindo a pena em quantidade e severidade, seja respeitando a integridade física do infrator.

Outro que muito contribuiu para a melhora no sistema carcerário foi o inglês John Howard. Depois de estar detido em uma prisão de piratas dedicou-se a visitar as penitenciárias de Europa e propugnar por melhorias.

É nesse ambiente que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. E a partir de tal é que surgem transformações ditadas pela Escola Clássica.

1.6. Escola Clássica

Os pensadores da Escola Clássica adotaram os ideais iluministas e os instrumentaram no ramo das ciências jurídicas. Foi assim denominada de modo pejorativo pelos positivistas.

Valem-se do método dedutivo ou lógico-abstrato e não experimental, próprios das ciências naturais. Para esta escola crime não é um ente de fato, mas entidade jurídica; não é uma ação, mas infração. É a violação de um direito.

Como precursores deste período tem-se o inglês Jeremias Bentham, o alemão Anselmo von Feuerbach, o italiano Gian Domenico Romagnosi, contudo o maior expoente foi, sem dúvida, o mestre de Pisa Francesco Carrara.

Bentham escreveu *Teoria da Penas e das Recompensas* em 1818, mas também teve escritos anteriores à Revolução Francesa que mesmo sobre ela influíram. Acreditava que a pena seria tanto um mal individual como coletivo, no primeiro caso sendo um sofrimento para o destinatário e no segundo para a coletividade, e só poderia ser infligida em razão de sua utilidade. Propugnava pela pena de prisão como castigo suficiente para o agressor, afastando, então, a pena de morte.

Como afirma Basileu Garcia¹¹:

Figura de projeção no início da fase penitenciária do Direito Penal, o filósofo inglês consagrou-se, também, a criações práticas, tendo idealizado o célebre *Panopticum*, estabelecimento presidiário de forma circular, cujas celas todas seriam vigiadas pelo diretor, colocado no centro da construção.

Feuerbach desenvolveu as idéias de Bentham. É considerado o pai do Direito Penal Moderno. Para ele o direito deveria intimidar as pessoas a fim de não cometerem nenhum crime. Seria então, uma coação psicológica que a pena em abstrato exerce sobre o indivíduo, mas se essa coação psicológica não for suficiente, de sorte que mesmo assim o indivíduo viesse a delinquir, então, o Estado exerceria a coação física através da pena em concreto.

Já em Romagnosi vê-se uma reação à teoria do contrato social que Beccaria buscou em Rosseau.

Para ele o direito penal é um direito de defesa contra a ameaça permanente do crime, de sorte que seu fundamento não se encontra no Contratualismo, antes o combate, negando que os homens se hajam reunido em sociedade por um pacto.

¹¹ GARCIA, Basileu - *Instituições de Direito Penal* - 1975, pp. 69.

O direito não preexiste à sociedade, mas sucede a ela, como meio de proteção e tutela, e, assim, essa é a finalidade do direito penal. A pena não é vingança, mas deve incutir temor no criminoso, para que não torne a delinqüir. A sua medida regular-se-á pela qualidade e intensidade do impulso delituoso (*spinta criminosa*); ela é a *controspinta*. Deve, entretanto, ser empregada em último caso, cedendo lugar aos meios preventivos¹².

Francesco Carrara tratou de todos os assuntos do Direito Penal como ciência estritamente jurídica. Sua obra mais importante, dentre várias, é *Programma Del corso di Diritto Criminale*. Suas idéias ainda hoje servem de base para o conhecimento da ciência penal, sendo, pois, um roteiro necessário para um bom aproveitamento de estudo.

Em suas obras, defende a concepção do delito como um ente jurídico, constituído por duas forças: a física e a moral; a primeira é o movimento corpóreo e o dano causado pelo crime; a segunda é a vontade livre e consciente do delinqüente.

Define o crime como sendo a infração da lei do Estado, promulgada para defender a segurança dos cidadãos, resultado de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.⁽¹⁶⁾ Carrara, o maior expoente dessa Escola, em sua obra "*Del corso di diritto criminale*" - Programa do curso de Direito Criminal ¹³ - *define o crime como a infração da lei do Estado, que é promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso*. O crime passa a ser um "ente jurídico", fruto de uma violação "consciente e voluntária" da norma penal. O livre arbítrio condiciona uma vontade culpável, conferindo a imputabilidade ao sujeito da ação - a pena tem função unicamente retributiva. O criminoso, nesse caso, não possui qualquer caractere que o distinga dos outros homens. Será considerado criminoso por violar volitiva e conscientemente a norma penal.

¹² NORONHA, E. Magalhães - *Direito Penal* - 2007, p. 35.

¹³ COSTA JR., op. Cit. Pág. 145.

1.7. Período Científico

Após o período humanitário, por volta da metade do séc. XIX, teve início o Período Científico ou também denominado Criminológico, onde são trilhados outros horizontes para o estudo do Direito Penal, tendo como característica principal a busca dos motivos que levam o ser humano a delinquir.

Pode-se mencionar aqui algumas escolas que a partir de então se sucedem no tempo até a atualidade. Não que sejam as únicas e sim que parecem ser as de maior importância.

1.7.1. Escola Positivista

Em contraposição à escola clássica surge a Escola positivista que, influenciada pelos avanços científicos surgidos durante o séc. XIX, como as teorias de Darwin (A Origem das Espécies - 1859) e Lamarck, cujo nome era Jean Baptiste Antoine de Monet, (Organização das Espécies - 1802) e principalmente pelo pai da sociologia, ramo do conhecimento que foi batizado inicialmente de Física Social, Auguste Comte (Curso de Filosofia Positiva - 1830).

Seu método, ao contrário dos clássicos que usavam o dedutivo, baseia-se numa investigação experimental indutiva. Considerava o crime como um fato humano e social e como tal devia-se chegar aos motivos do porquê de cada indivíduo delinquir, o que levava a uma individualização, ou melhor, uma adaptação às condições pessoais do delinqüente. A pena teria por fim a defesa social e não a tutela jurídica.

Como expoentes de maior vulto desta escola temos: César Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo.

César Lombroso, psiquiatra italiano, publicou em 1876 o que seria a obra-prima da Escola Positiva, O Homem Delinqüente, dando início à Antropologia Criminal.

Lombroso formulou sua teoria do criminoso nato através de vários estudos que tiveram como causa certo episódio. Num dia, pela manhã, quando o mesmo estava fazendo a necropsia de um cadáver verificou que este tinha características de certos animais vertebrados inferiores, foi então que, subitamente, lhe veio a relação entre o criminoso, os animais e o homem primitivo. Posteriormente formulou a teoria do atavismo.

Segundo a teoria lombrosiana, certos homens, por efeito de uma regressão atávica, nascem criminosos, como outros nascem loucos ou doentios. A criminalidade proviria, de forma inelutável, de fatores biológicos. O indivíduo viria ao mundo estigmatizado por determinados sinais de degenerescência, com malformações e anomalias anatômicas ou funcionais, relacionadas com o seu psiquismo. Colheu Lombroso abundantes dados, que foi formulando como a síntese ou média indicativa do homem delinqüente por tendência natural.

Figurava ele o criminoso nato caracterizado por uma cabeça *sui generis*, com pronunciada assimetria craniana, fronte baixa e fugidia, orelhas em forma de asa, zigomas, lóbulos occipitais e arcadas superciliares salientes, maxilares proeminentes (prognatismo), face longa e larga, apesar do crânio pequena, cabelos abundantes, mas barba escassa, rosto pálido.

O homem criminoso é assinalado por uma particular insensibilidade, não só física como psíquica, com profundo embotamento da receptividade dolorífica (analgésica) e do senso moral. Como anomalias fisiológicas, o mancinismo (uso preferente da mão esquerda) ou a ambidestria (uso indiferente das duas mãos), além da desvulnerabilidade. Ou seja, uma extraordinária resistência aos golpes e ferimentos graves ou mortais, de que os delinqüentes típicos pronta e facilmente se restabeleceriam. É comum ainda, certos distúrbios dos sentidos e mau funcionamento dos reflexos vaso motores, acarretando a ausência

de enrubescimento da face. Tal fato não seria apenas resultante do *déficit* moral, mas de autêntica tendência orgânica¹⁴.

Além de outros caracteres que Lombroso atribuía aos criminosos nato, como: insensibilidade dolorífica (por isso o uso de tatuagens), atrofia do senso moral, imprevidência, preguiça, vaidade, impulsividade e epilepsia, senão com sinais exteriores pelo menos uma epilepsia no estado larval.

Contudo, Lombroso reconheceu que os estigmas arrolados não que determinadamente indiquem que qualquer pessoa que tenha algum desses caracteres seja um criminoso, pois existem indivíduos honestos e normais que apresentam algum desses. O fato é que, porém, esses estigmas são encontrados em proporção muito maior entre os criminosos.

Enrico Ferri, considerado o maior vulto da Escola Positiva, criador da Sociologia Criminal, elabora sua obra *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale* em 1880.

Ferri para buscar entender a causa do crime dizia que se tinha que levar em consideração além dos fatores antropológicos, expostos por Lombroso, os sociais, ou seja, as condições do meio em que o delinqüente vive e também os fatores físicos.

Opunha-se ao livre-arbítrio, defendido pelos clássicos, pois seriam os fatores mesológicos (meio) que iriam formar o criminoso. Ele mesmo, na obra *Princípios de Direito Criminal* expunha que sua teoria que opô-se á ilusão – que dominou na idade Média, mas que continuou também na Escola Clássica – de que o método mais eficaz contra o crime era a pena, feroz (antes de Beccaria) ou mitigada (depois dele).

Eu sustentei ao contrário, nos *Studi sulla criminalità in Francia*(1880), que as penas têm uma mínima eficácia defensiva contra a delinqüência – especialmente no seu momento característico de ameaça legislativa ou "motivo psicológico oposto ao crime" como disse Beccaria, ou "reação contra o impulso

¹⁴ GARCIA - *Op. cit.* - pp. 90/91

criminoso" como disse Romagnosi, ou "coação psicológica" como disse Feuerbach, pois que o delinqüente, se age com ímpeto não está em condições de pensar nas conseqüências de seu ato e se, ao contrário, medita ou premedita o crime, confia sempre na própria impunidade¹⁵.

Pela que para a defesa contra a criminalidade, é necessário indagar-lhe as causas e, quanto ás que são mais modificáveis pelo legislador, procurar quanto possível eliminá-las ou atenuá-las por meio de um conjunto de providências que fogem todas à alçada do Código Penal e que consistem em reformas práticas de ordem educativa, familiar, econômica, administrativa, política e também jurídica de direito privado e público.

Classificou os criminosos em: nato, louco, habitual, ocasional e passional. Dividiu as paixões em sociais e anti-sociais. Considerava que as penas deveriam durar o tempo que levasse para reajustar o condenado, ou seja, não poderia ser estipulada *a priori*.

Rafael Garofalo publicou sua principal obra, *Criminologia*, em 1885. É considerado por muitos o iniciador da fase jurídica da Escola Positiva, encerrando, assim, o entendimento do crime como algo dotado de fatores antropológicos (Lombroso), sociais (Ferri) e jurídicos (Garofalo). "*O delinqüente não é um ser normal, mas portador de anomalia do sentimento moral*"¹⁶.

1.7.2. Terceira Escola

A Terceira Escola tentou conciliar preceitos clássicos e positivos. Seus expoentes foram Bernardino Alimena, Giuseppe Impalomeni e Carnevale.

De acordo com Aníbal Bruno, os postulados mais importantes seguidos por esta escola são:

¹⁵ FERRI, Enrico - *Princípios de Direito Criminal*: o criminoso e o crime - tradução de Paolo Capitanio-1998, p. 65.

¹⁶ NORONHA - *Op. cit.* - p. 38

1. a substituição do livre-arbítrio dos clássicos pelo critério da voluntariedade das ações;
2. considera o delito como um fenômeno individual e social, como pregavam os positivistas;
3. reconhece o princípio da responsabilidade moral de Escola Clássica;
4. a pena, dotada de caráter ético e aflitivo (pensamento clássico), tem por fim a defesa social (pensamento positivista)¹⁷.

1.7.3. Escola Moderna Alemã

Surge na Alemanha, por volta do último quartel do séc. XIX, outra escola eclética que considerava o crime um fato jurídico, com implicações humanas e sociais. Combate à idéia de Lombroso a cerca do criminoso nato, contudo aceita que são motivos para a formação do delinqüente os fatores individuais e externos (físicos e sociais) com especial relevo os econômicos.

Von Liszt é o principal representante de tal escola. É dele a teoria de que a pena tem tanto função preventiva geral (em relação a todos os indivíduos) quanto especial (recaindo particularmente sobre o delinqüente).

Por não se apresentar nenhum proveito em explanar sobre todas as outras escolas penais e não ser esse o propósito do artigo, apenas serão citadas algumas a título de ilustração: Neoclassicismo, Neopositivismo, a Constitucionalista, a Programática e a Socialista.

¹⁷ SILVA, José Geraldo da - *Direito Penal Brasileiro* - 2006, p. 71.

CAPÍTULO II

Origem e Classificação das penas

Como foi visto acima, a pena é vista como uma sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, cujo escopo é retributivo ao delito praticado, e preventivo, para desestimular a prática de novos crimes.

O caráter preventivo segundo Guilherme de Souza Nucci se desdobra em dois aspectos, quais sejam, o geral e o especial¹⁸:

- a) Geral Negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal;
- b) Geral Positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal,
- c) Especial Negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessária e evitando a prática de outras infrações penais;
- d) Especial Positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza – Manual de Direito Penal - 4ª Ed. 2008. pág. 368.

Algumas são as teorias em Direito Penal cujo escopo seja estudar a aplicação das penas.

2.1. Teorias absolutas ou de justiça: Pena retributiva e expiatória

Foram defensores das teorias absolutas, entre outros, Carrara, Petrocelli, Maggiore e Bettioli na Itália, Binding, Maurach, Welzel e Mezger na Alemanha, mas, principalmente, Kant e Hegel. Para Kant a fundamentação é de ordem ética, para Hegel é de ordem jurídica.

Para as teorias absolutas a pena é a retaliação e a expiação, uma exigência absoluta de justiça, com fins aflitivos e retributivos, opondo-se a qualquer finalidade utilitária.

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt ¹⁹,

Segundo o esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer Justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto.

As chamadas teorias absolutas, diz Sauer ²⁰, *“melhor chamadas teorias da pena conforme a Justiça, apóiam-se na filosofia do idealismo alemão, especialmente em Kant e Hegel”*. A pena encontra seu fundamento somente em sua referência ao delito; segundo sua gravidade determina-se sua quantia como que se satisfazem as exigências do ordenamento jurídico e a Justiça. Assim como a boa ação merece reconhecimento, a má ação requer reprovação e compensação.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 99.

²⁰ SAUER, Guilherme. Derecho penal - Parte general. Barcelona : Bosch, 1956. p. 18.

É conhecido o exemplo apontado por Kant ²¹ no sentido de que:

Se a sociedade civil resolver auto dissolver-se, com a concordância de todos os seus cidadãos, mesmo assim, caso esta sociedade habitar uma ilha e resolver abandoná-la espalhando-se pelo mundo, o último assassino condenado e preso teria que ser executado, antes do abandono final da ilha pelo último membro do povo. Isto deverá assim acontecer para que cada um receba a punição equivalente aos seus atos e a dívida de sangue não permaneça vinculada ao povo.

Em síntese, Kant entende que o réu deve ser castigado apenas por ter delinqüido, Não estabelece nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para a sociedade, retirando toda e qualquer função preventiva - especial ou geral - da pena. *"A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito"* ²².

Hegel também é partidário de uma teoria retributiva da pena. Sua tese resume-se em sua conhecida frase: *"A pena é a negação da negação do Direito"* ²³. Em verdade, Kant e Hegel atribuem à pena um conteúdo talional.

O fundamento da pena em Hegel é jurídico, já que ela se destina à restabelecer a vigência da vontade geral, que é a lei, negada que fora pela vontade do delinqüente. *"Ela é uma exigência de Justiça e se funda na pura retribuição. É um fim em si mesma e não serve a qualquer outro propósito que não seja o de recompensar o mal com o mal (fundamento metafísico Kantiano). Não tem, pois, uma finalidade, se considerada objetivamente"* ²⁴.

²¹ ASHTON, Peter Walter. "As principais teorias de direito penal, seus proponentes e seu desenvolvimento na Alemanha", RT 742/444.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão – Causas e alternativas. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 103.

²³ Idem, ibidem.

²⁴ SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. Pena e Constituição. São Paulo : Ed. RT, 1995. p. 99.

No escólio de Claus Roxin²⁵, são três os inconvenientes que podem ser apresentados na análise da teoria da retribuição. O primeiro decorre do fato de que a referida teoria pressupõe já a necessidade da pena, que deveria fundamentar. E assevera:

Pois se o seu significado assenta na compensação da culpa humana, não se pode com isso pretender que o Estado tenha de retribuir com a pena toda a culpa. Cada um de nós considera-se culpado perante o próximo de muitas maneiras, mas não somos por isso puníveis. E, igualmente, a culpa jurídica acarreta conseqüências de tipos diversos, como por exemplo, um dever de indenização por danos, mas apenas em raras ocasiões a pena. A teoria da retribuição, portanto, não explica em absoluto quando se tem de punir, mas apenas refere: 'Se impuserdes - sejam quais forem os critérios - uma pena, com ela tereis de retribuir um crime'. O segundo, nos seguintes termos: A liberdade humana pressupõe a liberdade de vontade (o livre-arbítrio), e a sua existência, como os próprios partidários da idéia da retribuição concordam, é indemonstrável. Por fim, o terceiro argumento é no sentido de que, mesmo quando se considere que o alcance das penas estatais e a culpa humana se encontram suficientemente fundamentadas com a teoria da expiação, colocar-se-ia sempre uma terceira objeção, a saber: a própria idéia de retribuição compensadora só pode ser plausível mediante um ato de fé. Pois, considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal: sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arraigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança, e que a retribuição tome a seu cargo 'a culpa de sangue do povo', expie o delinqüente etc., tudo isto é concebível apenas por um ato de fé, que, segundo a

²⁵ ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa : Vega, 1986. p. 19-20.

nossa Constituição, não pode ser imposto a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, da pena estatal".

Feitas, em síntese, tais considerações, conclui o jurista: "A teoria da retribuição não serve a eles, porque deixam na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante". Nada se altera com a substituição, que amiúde se encontra em exposições recentes, da idéia de retribuição (que recorda em demasia o arcaico princípio de talião), pelo conceito dúbio de 'expição', na medida em que, se com ele se alude apenas a uma 'compensação da culpa' legitimada estatalmente, subsistem integralmente as objeções contra uma 'expição' deste tipo.

Se, pelo contrário, se entende a expiação no sentido de uma purificação interior conseguida mediante o arrependimento do delinqüente, trata-se então de um resultado moral, que por meio da imposição de um mal mais facilmente se pode evitar mas que, em qualquer caso, se não pode obter pela força.

Embora entendendo que a retribuição compensadora não é condizente com o Estado Democrático de Direito por não respeitar o princípio da dignidade humana, o que não parece correto, Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Correa Junior²⁶(32)destacam que a teoria retributiva apresenta uma grande qualidade quando propõe a idéia de medição da pena, que atende ao princípio da proporcionalidade, "dado informativo de qualquer moderna legislação penal".

2.2. Teoria Restaurativa

Essa teoria instalou-se no sistema jurídico penal a medida que buscou a mudança no enfoque na hora de se analisar o fato tido como criminoso.

²⁶ SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. Op. cit., p. 100.

Começou-se a relativizar os interesses, transformando-os de coletivos, em individuais típicos, logo, disponíveis. Logo, é necessário ouvir mais a vítima. E o confronto entre a vítima e o agressor, tendem a levar a uma conciliação, ou até mesmo ao perdão.

É salutar ressaltar, que nessa teoria, não se tem mais a competência exclusiva do Estado como promovedor da ação penal, posto que, uma vez relativizado os direitos, é necessário que em alguns casos, para que seja proposta a ação penal, é preciso de autorização ou mesmo de solicitação pela vítima, para que o estado possa vir dizer o direito.

Sem dúvida, essa teoria significaria um avanço para a sociedade civil organizada, posto que, recoloca novamente nas mãos do povo, uma parte do poder por ele outorgado ao Estado. Contudo, há que se ressaltar, que não se pode afirmar, que essa teoria não poderia ser absoluta, como queriam os pensadores do Abolicionismo Penal.

2.3. Classificação e Tipos de Penas

Ao longo da história da humanidade várias foram as penas aplicadas. Como foi visto acima, várias são marcadas pela crueldade e pela barbárie. No entanto, quando o Estado chamou para si o monopólio punitivo, tornou-se inviável a tolerância de determinadas condutas punitivas. Nasceu então valores indisponíveis, cuja preservação interessa a todos, e não somente a um único indivíduo.

A punição estatal desenvolveu-se até chegar ao devido processo legal, que é medida proporcional e necessária no contexto do Estado Democrático de Direito, de forma que evitou-se a crueldade da vingança privada.

Classificação

Doutrinariamente, as penas classificam-se em: corporais; privativas de liberdade; restritivas de liberdade; pecuniárias; privativas e restritivas de direitos.

2.3.1. As Penas Corporais

As penas *corporais*, em seu sentido estrito, atingem a própria integridade física do criminoso. São os açoites, as mutilações e a morte. Em favor das primeiras, dizia-se ser a única adequada aos brutos e degredados, que só se sensibilizaram por estímulos materiais e pelo temor dos castigos, proclamando-se, ainda, a vantagem de dispensar a pena prisão e todos os inconvenientes desta, inclusive as conseqüências para a família do condenado. O suplício, porém como demonstra Foucault²⁷, *"entra logicamente num sistema punitivo em que o soberano, de maneira direta ou indireta, exige, resolve e manda executar castigos, na medida em que ele, através da lei, é atingido pelo crime"*. Tratava-se, assim, mais de um agente político de denominação, em favor do Estado. As penas corporais cruéis foram abolidas na maioria dos países civilizados, embora permaneçam em algumas nações, como por exemplo o Irã.

Com relação à pena de morte, tão discutida, seus defensores entendem ser a única que realmente intimida o delinqüente perigoso, sendo um meio eficaz e econômico de proteção à sociedade, enquanto seus opositores alegam a sua imprestabilidade, inconveniência e ilegitimidade. Imprestável porque não ficou devidamente comprovado ser ela intimidatória. Inconveniente porque nem todos os delinqüentes possuem condições de exercer a amplitude de defesa principalmente pela diversidade do grau econômico e porque há possibilidade de erro judiciário. Ilegítima porque se é proibido o homicídio pelo cidadão, o próprio Estado não tem o direito de tirar a vida de quem quer que seja.

²⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhet. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p.133.

Alinham-se, em síntese, as principais razões da supressão da pena capital: (1) A exemplaridade da pena de morte não está demonstrada ou parece discutível. (2) Muitos dos crimes com ela punidos são praticados por doentes mentais, alguns dos quais, por isso mesmo, escapam ao castigo supremo. (3) Há chocantes desigualdades na aplicação dessa pena, seja pelos diferentes graus de severidade dos tribunais competentes, seja por motivo de ordem econômica e sociológica, de modo a existir o risco de constituir essa punição ameaça muito maior para os criminosos carentes de meios econômicos que por causa disso estão em piores condições para se defenderem. (4) Apesar de todas as medidas de aperfeiçoamento do processo judicial, existe sempre uma inegável possibilidade de se praticarem erros judiciários. (5) A repercussão da pena de morte é a tal ponto má que estudiosos chegam, inclusive, a lhe atribuir caráter criminógeno. (6) Quanto à proteção da sociedade, pode ser convenientemente assegurada pela prisão perpétua. (7) A difusão do pensamento humanista faz a opinião pública considerar a pena de morte inútil e odiosa. O caráter inviolável da vida humana opõe-se a ela.

Diante da nova redação da Constituição Federal, no Brasil é permitida a pena de morte no caso de "guerra declarada" (art. 5º, XLVII, a) e o Código Penal Militar a prevê nos crimes de traição (art. 355), de favorecer o inimigo (art. 356), de tentativa contra a soberania do Brasil (art. 357) entre outros.

Tem sido bastante discutida a realização de um plebiscito para se decidir sobre a implantação da pena de morte no país. Esse procedimento eleitoral é inócuo, pois a restrição da pena capital aos crimes praticados em estado de guerra é uma garantia individual à vida (garantia material explícita negativa) estabelecida na Constituição Federal, que proíbe emenda com o sentido de abolir "direitos e garantias individuais" (art. 60, 4º, IV). Aliás, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22-11-1969, aprovada pelo Decreto n.º 678, de 4-11-92, o Brasil se comprometeu a não estender a aplicação da pena de morte "a delitos aos quais não se aplique atualmente" (art.4.2, *in fine*).

2.3.2. As Penas Privativas de Liberdade

As penas privativas de liberdade são as mais utilizadas nas legislações modernas, apesar do consenso da falência do sistema prisional. Podem ser divididas em *prisão perpétua* e *prisão temporária*, sendo a primeira vedada em dispositivo constitucional brasileiro (art. 5º, XLVII, b). Originam-se as penas privativas de liberdade de outras penas: enquanto aguardavam a execução (pena de morte, desterro, galés etc.), os sentenciados ficavam privados da liberdade de locomoção, passando a ser a prisão, depois, a própria sanção penal.

Tem sido bastante combatida, afirmando-se ser ela instrumento degradante, destruidora da personalidade humana e incremento à criminalidade por imitação e contágio moral. Apontam-se na exposição de motivos da Lei n.º 7.209 seus inconvenientes: o tipo de tratamento penal freqüentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinqüentes habituais e multirreincidentes; os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais; as conseqüências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.

2.3.3. As Penas Restritivas de Liberdade

As penas *restritivas de liberdade* limitam em parte o poder de locomoção do condenado, embora não sejam eles recolhidos à prisão. Exemplos são o banimento (perda dos direitos políticos e de habitar o país), degredo ou confinamento (residência em local determinado pela sentença), desterro (saída obrigatória do território da comarca e do domicílio da vítima) etc..

O banimento, e conseqüentemente o degredo e o desterro, é proibido por norma constitucional (art. 5º, XLVII, a), e a Lei n.º 7.209 eliminou medidas de segurança que implicavam limitação da liberdade. A proibição de freqüentar determinados lugares e a de ausentar-se da comarca onde o sentenciado reside sem autorização do juiz, bem como seu comparecimento a juízo, passaram a ser condições a serem postas no *sursis* (art. 78, p. 2º). As medidas de deportação e expulsão de estrangeiros, previstas na Lei nº 6.815, de 19-08-1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, não são penas e sim medidas administrativas, ocorrendo o mesmo com a extradição, embora esta tenha por fundamento o direito penal.

2.3.4. As Penas Pecuniárias

As penas *pecuniárias* são as que acarretam diminuição do patrimônio do condenado ou absorvem totalmente; elas são de duas modalidades: a *multa* e o *confisco*. Consiste a primeira no pagamento de determinada importância pelo autor da infração penal e é cominada especialmente nos casos em que se percebe a cupidez do agente do crime. Largamente empregada em nosso código à pena de multa, tem-se apregoado sua imposição como substituto das penas privativas de liberdade de curta duração, dando-se ênfase a esse aspecto na reforma penal.

O confisco, que é o perdimento dos bens do agente, não era permitido em nossa legislação, mas a nova Constituição Federal prevê a cominação de pena de "perda de bens", que pode ser executada contra os sucessos até o limite do valor do patrimônio transferido. Esperava-se, contudo, que o legislador penal a reservasse como sanção para as pessoas jurídicas nos crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular (art. 173, p. 5º, da CF) e contra o meio ambiente (art. 225, p. 3º, da CF).

Quando às infrações penais lesivas ao meio ambiente, foi realmente inserida como uma das penas restritivas de direitos a *prestação pecuniária*, consistente no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com o fim social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos (arts. 8º e 12 da Lei n.º 9.605, de 12-2-98). A mesma sanção, de prestação pecuniária, todavia, passou a fazer parte das penas restritivas de direitos substitutivas do Código Penal, previstas no art. 43 com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.714, de 25-11-98. Essa mesma lei criou também a pena de *perda de bens e valores*, que terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Também podem ser confiscados, como efeito da condenação, os instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, e o produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

2.3.5. As Penas Privativas e Restritivas de Direitos

As pena *privativas e restritivas de direitos* retiram ou diminuem direitos dos condenados. São sanções que guardam atualidade e necessidade e mereceram do legislador da reforma penal grande destaque, divididas agora em prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou às entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Como efeito da condenação estão também estabelecidas à perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, a tutela ou curatela e inabilitação para dirigir veículo.

2.3.6. As Penas Restritivas de Direitos

A prisão faliu na missão pedagógica que procurou desempenhar através dos tempos. A pena privativa de liberdade não reeduca, corrompe; não recupera, deprava.

Diante da falência da prisão, o legislador só deveria delas se socorrer em casos extremo, de suma gravidade. Impunha-se substituí-la, o quanto possível, por sanções diversificadas. As soluções alternativas mostram-se vantajosas, sob todos os aspectos. Não só por evitarem a *reformatio in pejus* do condenado, como por representarem economia sensível para os cofres públicos.

As expressões normativas adotadas pelo legislador, carecem de perfeição. Com exceção da interdição temporária de direitos (artigo 43, V, Código Penal), as demais sanções enumeradas (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e limitação de fim de semana) nada tem a ver com a restrição de direitos. Melhor seria que o legislador tivesse adotado locução menos imprópria e mais abrangente, como **Penas Alternativas** as quais tem sua fonte no art. 5º, XLVI, da Carta Magna.

A Lei n. 7209, deu ênfase ao sistema de penas alternativas, abrindo ao julgador um leque de possibilidades na aplicação das sanções. Essa orientação dilatou-se ainda mas com o advento da Lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998, modificou a disciplina das penas restritivas de direitos, criando duas novas modalidades: a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. Ficou disposto, assim, o artigo 43: “as penas restritivas de direitos são²⁸”:

- I. prestação pecuniária,
- II. perda de bens e valores,
- III. (vetado)
- IV. prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas,

²⁸ CODIGO PENAL – Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Organizado por Luiz Flavio Gomes, RT, 2008.

- V. interdição temporária de direitos,
- VI. limitação de fim de semana.

2.3.7. Prestação Pecuniária

Cuida-se de uma nova modalidade de pena restritiva de direitos, criada pela Lei 9714/98.

Consiste em pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz não inferior a um nem a 360 salários mínimos. Desde que o beneficiário concorde, poderá a prestação pecuniária consistir em prestação de outra natureza, como, por exemplo, prestação em espécies de algum bem.

A rigor, a prestação pecuniária não deveria estar inserida entre as penas restritivas.

2.3.8. Perda de Bens e Valores

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVI, já havia previsto a perda de bens como modalidade de pena a ser adotada pelo legislador ordinário. A Lei número 9.714/98 cuidou de discipliná-la entre as penas restritivas de direitos.

A exemplo do que ocorre com relação à prestação pecuniária, também a perda de bens não tem natureza de pena restritiva de direitos.

A perda de bens e valores pertencentes ao condenado dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional, salvo disposição diversa em lei especial. Seu valor máximo é o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

A apuração do montante do prejuízo causado, no juízo criminal, torna-se difícil, e o processo penal é meio totalmente inadequado para tal fim. Na maioria dos casos, o juiz penal não dispõe de elementos seguros que permitam aferir o valor do prejuízo ou do proveito por parte do agente ou terceiro. Além disso, citados cálculos, no processo penal, que não comporta amplos debates em torno do valor do prejuízo ou do proveito, poderão vir a prejudicar o réu.

2.3.9. Prestação de Serviços À Comunidade ou A Entidades Públicas

Tais medidas alternativas surgiram pela primeira vez no Código russo de 1960. Outros países socialistas, como a Polônia, adotaram com entusiasmo a medida. A partir de 1967, o mundo ocidental encampou a medida alternativa, mas a Inglaterra foi o país pioneiro.

Em documento de trabalho para o VI Congresso da ONU (Caracas, 1980), foi conceituada a medida como serviço em favor da comunidade estabelecida em sentença, pelo qual o condenado se obriga a dedicar uma parte de seus serviços ao interesse geral, como forma de reparar o dano resultante do crime.

Como vimos, o art. 46 do Código Penal inseriu impropriamente a prestação de serviços à comunidade na Seção II do capítulo V, destinada às penas restritivas de direitos.

A disciplina da prestação de serviços à comunidade também foi alterada pela Lei n. 9714/98. Consiste ela na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. Essa atribuição é realizada pelo juiz da execução penal, de acordo com as aptidões do condenado, devendo ser cumprida à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixada de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do condenado.

A prestação de serviços poderá realizar-se em entidades assistências, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estaduais.

Conforme estabelece o novo texto legal, a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade. Tal restrição inexistia na sistemática anterior. Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade aplicada. Isso se deve ao fato de uma hora de tarefa corresponde a um dia de condenação, de forma que, se o condenado realizar várias horas de tarefa por dia, poderá cumprir a pena substitutiva em menor tempo, desde que seja respeitado o limite de metade do tempo da pena privativa de liberdade.

Enumera a LEP os casos em que a medida será convertida em pena privativa de liberdade²⁹:

- quando o condenado não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender à intimação por edital;
- quando não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deve prestar serviço;
- quando se recusar, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe for imposto;
- quando sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa (art. 181, parágrafo primeiro). Devera o magistrado converter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade só se o regime imposto impossibilitar o cumprimento da pena restritiva de direitos. É o que deflui da *mens legis* no parágrafo 5º, do artigo 44.

A prestação de serviços comunitários, na legislação pátria, dispensou a concordância do condenado, como exige o Código Penal português. Isso reforça o posicionamento doutrinário que vê no instituto uma reminiscência do trabalho forçado.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza – op. pág. 415.

2.3.10. Interdição Temporária de Direitos

A interdição de direitos, considerada pena acessória no estatuto anterior, foi agora incluída entre as penas principais. Consequentemente, desapareceu a pena acessória de interdição de direito ou incapacidade temporária para profissão ou atividade, prevista no art. 69, IV, do CP de 1940.

O artigo 47 cuida da única pena, dentre as enumeradas pelo artigo 43, que se pode considerar restritiva de direitos. As demais são soluções alternativas à privação da liberdade.

A interdição de direitos, que é temporária, não se confunde com os efeitos secundários da condenação enumerados pelo art. 92 em seus 3 incisos, que não são automáticos, devendo ser motivados na sentença que os venha aplicar. Por outro lado, a interdição de direitos, que é pena, está lastreada na culpabilidade e não na periculosidade do agente, como a medida de segurança, destinada exclusivamente aos inimputáveis. Desse modo, a pena restritiva de direitos só poderá ser aplicada em substituição à pena privativa de liberdade quando se mostrar suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

As interdições previstas em lei acham-se distribuídas em 4 incisos:

I- Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo. A lei prescreveu exercício efetivo, não o eventual, que não será facilmente abrangível por uma interdição temporária.

A LEP determinou que a autoridade, no prazo de vinte e quatro horas contado do recebimento do ofício comunicatório de interdição, baixa-se o ato a partir do qual a execução terá início. Fica, então, o condenado impedido de executar qualquer ato referente ao cargo, função ou atividade que exercia. Não esclareceu, contudo, a mencionada lei os efeitos de natureza administrativa que irão derivar da imposição da pena restritiva de direitos: suspensão de vencimentos, de contagem de tempo e demais vantagens funcionais.

Poderá, ainda, a interdição temporária de direitos exprimir-se pela proibição do exercício de mandato eletivo. Note-se: a norma se referiu a exercício

do mandato, que será interrompido enquanto perdurar a interdição. Não ao direito de ser eleito, que não se acha abrangido pela interdição.

II- Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público.

A interdição pressupõe que a ação criminosa tenha sido realizada com abuso de profissão ou atividade, ou como infração de dever a ela inerente. A demais, para que se aplique a interdição, faz-se mister que a pena se revele suficiente para substituir a pena privativa de liberdade de curta duração, tanto em seu enfoque repressivo quanto no preventivo (art.44,III).

Não faltaram críticas a tais medidas, consideradas sanções punitivas neutralizadoras, por impedirem o agente de delinqüir exercitando a atividade vetada (prevenção especial), pelo fato de, retirando as possibilidades de trabalho, poderem apresentar-se mais aflitivas que as penas detentivas. Para que o mal não se agrave, é indispensável que a interdição não venha assumir o alcance indeterminado, privando o condenado do exercício de todas as profissões ou atividade que dependam de habilitação ou licença. A interdição haverá de restringir-se tão somente à atividade ou profissão que ensejou abuso, em seu exercício.

III- Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

Com a edição do novo código de trânsito instituído pela lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, a pena de suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo, aplicado aos delitos culposos de trânsito (lesões corporais culposas e homicídio culposo), foi revogado. É que os crimes praticados na direção de veículo automotor, bem como as penas a eles cominadas, passaram a ser disciplinado pelo código de trânsito.

IV- Proibição de freqüentar determinados lugares. Tal modalidade de interdição de direitos foi introduzida pela lei n. 9.714/98. Já era prevista entre as condições imposta ao condenado que fizesse jus ao *sursis*. Das espécies de interdição, é a mais branda e menos gravosa para o condenado. Normalmente,

essa proibição versa sobre a freqüência a bares e casas noturnas ou lugares de reputação duvidosa.

2.3.11. Limitação De Fim De Semana

A doutrina italiana chamou-a de prisão descontínua (*arresto saltuario*), classificada entre as penas para detentivas, ao lado da semidetenção e da prisão domiciliar. A diferença que se faz entre a prisão descontínua e a semidetenção é que naquela, a prisão se verifica nos finais de semana, ou nas férias. Na semidetenção o condenado se recolhe à prisão durante certo número de horas ao dia, como na prisão noturna, mas seguidamente (diariamente).

Portugal adotou-a em seu recente estatuto, dominando-a corretamente *prisão por dias livres*. Esclareceu ainda o legislador português que a prisão pode ser cumprida em dias feriados. O legislador brasileiro foi silente, razão pela qual entendemos que a prisão não deve ser efetuada nesses dias, para não arredar o réu do convívio familiar por completo.

Há os que tecem loas ao instituo, por não afastar o delinqüente do trabalho, nem romper os vínculos com a família, permanecendo apenas privado da recreação no final de semana.

Outros entendem que a prisão de fim de semana apresenta os inconvenientes da prisão celular, acrescidos por duas agravantes: brevidade e intermitência.

Convenhamos: se o condenado não se resignar ao recolhimento de final de semana, dificilmente a medida poderá apresentar papel terapêutico. Rebelde à medida, afastado da família, verá escoar com lentidão aquelas cinco horas, frustrado e revoltado, ou mesmo embriagado. Isso sem mencionar a falta de condições para execução da medida, que iria obrigar o magistrado penal a concessão do *sursis*.

Deverá o juiz da execução criminal providenciar a intimação do condenado para cumprir a pena imposta, notificando-o do local, dias e horários em

que deverá apresentar-se. O estabelecimento designado deverá encaminhar relatório mensal sobre o condenado, informando o juiz sobre sua ausência ou falta disciplinares (LEP, arts. 151 a 153). Previu, ainda, o aludido diploma as hipóteses em que a medida será convertida em pena privativa de liberdade (art. 181, p. 2). A exemplo do que se verifica em relação à prestação de serviços à comunidade, sobrevivendo condenação à pena privativa de liberdade, somente deverá o juiz da execução converter a limitação de fim de semana em outra pena privativa de liberdade se o regime imposto inviabilizar o cumprimento da pena restritiva de direitos, atendendo ao disposto no p. 5 do art. 44.

A bem da verdade, só se pode falar na conversão de uma pena privativa de liberdade (de duração contínua) em outra (de execução descontínua, ou prisão de fim de semana). Não se previu, todavia, qualquer critério quantitativo a respeito dessa conversão, como fez o Código português.

2.4. Características

Devem existir na pena várias características: legalidade, personalidade, proporcionalidade e inderrogabilidade. O princípio da *legalidade* consiste na existência prévia de lei para imposição da pena (*nulla poena sine lege*), previsto no art. 1º do Código Penal.

A característica da *personalidade* refere-se à impossibilidade de estender-se a terceiros a imposição da pena. Por isso, determina-se que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado", proibindo-se, por exemplo, as penas infamantes. A nova Constituição, porém, prevê a cominação da pena de "perda de bens", permitindo expressamente que a decretação do perdimento de bens possa ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 45, segunda parte).

A exceção mutila o princípio da personalidade da pena. Os efeitos secundários da pena de prisão com relação aos dependentes do criminoso são

corrigidos com medidas sociais (auxílio-reclusão, descontos na remuneração do sentenciado etc.)

Deve haver, ainda, *proporcionalidade* entre o crime e a pena; cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado. Essa característica, entretanto, é abrandada no direito positivo: a Constituição Federal determina que "a lei regulará a individualização da pena", e o Código Penal refere-se, quando da aplicação da pena, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, à reincidência etc. Por fim, a pena deve ser *inderrogável*: praticado o delito, a imposição deve ser certa e a pena cumprida. Tal caráter também é suavizado em várias situações, conforme a lei penal. São os casos da suspensão condicional, do livramento condicional, do perdão judicial, da extinção da punibilidade entre outros.

CAPÍTULO III

Evolução do Direito Penal no Brasil

3. O Direito Penal no Brasil Colônia

3.1. Ordenações Afonsinas

As Ordenações Afonsinas são uma coletânea de leis promulgadas, como primeira compilação oficial do século XV, durante o reinado de Dom Afonso. Várias vezes as Cortes tinham pedido a D. João I a organização de uma coletânea em que se coordenasse e atualizasse o direito vigente, para a boa fé e fácil administração na justiça. Para levar a cabo essa obra designou D. Duarte o doutor Rui Fernandes, que acabaria o trabalho em 1446 em Arruda.

Este projeto foi revisto por ordem do infante D. Pedro, que lhe introduziu algumas alterações, fazendo parte da comissão Lopo Vasques, corregedor da cidade de Lisboa, e os desembargadores Luís Martins e Fernão Rodrigues. Talvez em 1448, ainda durante a regência de D. Pedro, tenha acabado a revisão embora as Ordenações incluam leis de 1454. Desconhece-se as partes de autoria de João Mendes e Rui Fernandes. A respeito das fontes utilizadas, verifica-se que os compiladores aproveitaram, sobretudo, leis existentes. Muitas disposições foram extraídas dos direitos romano e canónico, quer directamente, quer através das obras de comentadores. Pensa-se que o *Livro das Leis e Posturas* e as *Ordenações de D. Duarte* tenham sido trabalhos preparatórios de codificação afonsina.

As *Ordenações* encontram-se divididas em cinco livros, talvez à imitação dos *Decretais* de Gregório IX. Todos os livros são precedidos de preâmbulo, que no primeiro é mais extenso que nos restantes, pois lá se narra a história da compilação. O livro II ocupa-se dos bens e privilégios da igreja, dos direitos régios e sua cobrança, da jurisdição dos donatários, das prerrogativas da nobreza e legislação "especial" para judeus e mouros. O livro IV trata do direito civil.

Contudo, praticamente não chegou a ser aplicado, pois em 1514 começariam a vigorar as Ordenações Manuelinas.

3.2. Ordenações Manuelinas

Com este nome se designa a nova codificação que D. Manuel I promulgou, em 1521, para substituir as Ordenações Afonsinas. Para explicar esta decisão do rei apontam-se dois motivos fundamentais: a descoberta da imprensa e a necessidade de correção e atualização das normas, assim como a modernização do estilo afonsino; além disso, talvez o monarca tivesse querido acrescentar às glórias do seu reinado uma obra legislativa. Em 1514 faz-se a primeira edição completa dos cinco livros das *Ordenações Manuelinas*. A versão definitiva foi publicada em 1521. Para evitar confusões, a carta régia de 1521

impôs que todos os possuidores de exemplares das ordenações de 1514 os destruíssem no prazo de três meses, ao mesmo tempo que determinou aos conselhos a aquisição de nova edição.

Estas constituem já uma atualização das *Ordenações Afonsinas*, embora mantendo o plano adotado, compreendendo, portanto, cinco livros, subdivididos em títulos e parágrafos. Mas as alterações são importantes, como a supressão das normas revogadas. Quanto à forma, a principal diferença reside no fato de se apresentarem redigidas em estilo mais conciso, sendo que, excepcionalmente aparece o extrato de algumas leis, mas nunca a transcrição literal.

As penas geralmente não eram pré-fixadas, o que ficava ao arbítrio do juiz que a regulava de acordo com a classe social. Embora formalmente estivessem vigorando ao tempo das capitânicas hereditárias, as Ordenações Manuelinas não constituíam a fonte do direito aplicável no Brasil, pois o arbítrio dos donatários, na prática, é que impunham as regras jurídicas.

As *Ordenações Manuelinas* foram substituídas em 1603 pelas Ordenações Filipinas.

3.3. Ordenações Filipinas

Quando da época da União Ibérica, o rei da Espanha e Portugal, Filipe II, em 1603, editou as Ordenações Filipinas que em quase nada distinguiam das já revogadas Manuelinas e Afonsinas.

Mesmo com a Revolução de 1640, que pôs fim à dominação de Castela sobre Portugal. A validade das ordenações Filipinas continuou por muito tempo e João IV de Bragança, que sucedeu Filipe IV da Espanha, confirmou, de maneira geral, todas as leis que haviam sido promulgadas sob a dominação de Castela.

As penas eram severas e com requintes de crueldades, como a pena de morte que poderia ser na força (morte natural), antecedida de torturas

(morte natural cruel) ou mesmo a denominada morte para sempre, onde o corpo do condenado ficava suspenso, putrefando-se, até que a confraria o recolhesse, além de várias outras.

O elenco dos tipos de infrações são também contrários á ordem racional moderna, pois nestes eram confundidos direito, moral e religião.

De qualquer forma, foi o ordenamento jurídico penal que mais tempo vigorou no Brasil, mais de dois séculos (1603 até 1830).

3.2. A Independência do Brasil e o Império

Em 07.09.1822 o Brasil conquista sua independência em relação a Portugal. Contudo como para redigir um novo ordenamento penal seria utilizado um grande tempo, pois não se cria um arcabouço jurídico da noite para o dia. Então por força da lei de 20.10.1823 mandou-se que seriam conservadas as Ordenações Filipinas até que surgisse um Código nacional.

Em 16.12.1830 foi sancionado por D. Pedro I o Código Criminal do Brasil, o qual, sob influência da Escola Clássica, fixava os princípios da responsabilidade moral e do livre arbítrio, segundo o qual não há criminoso sem má-fé, sem o conhecimento do mal e sem intenção de praticá-lo.

As penas eram de: prisão simples e prisão com trabalhos forçados, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão de direitos e também, a mais cruel de todas, morte na forca (para os crimes de insurreição de escravos, homicídio agravado e roubo com morte).

Entretanto a terrível pena de morte foi mais tarde revogada tacitamente por D. Pedro II (pois a este era dado o direito de clemência e, então, passou a distribuí-la a todos os condenados à morte). Conta-se que o Imperador ficou impressionado quando soube do erro judiciário que levou o fazendeiro Manoel da Motta Coqueiro à força.

3.3. O Código Penal da República

Em 15.11.1889 é proclamada a República dos Estados Unidos do Brasil. Além da abolição da escravatura (1888) outros fatos incorreram sobre a legislação penal o que veio a implicar na necessidade de um novo Código. Foi assim que, durante o Governo Provisório de Deodoro, o então Ministro da Justiça e futuro presidente, Campos Sales, encarregou o professor João Baptista Pereira de elaborar um novo Código. E em apenas três meses o mesmo apresentou-o, entrando em vigência através do Decreto n. 774 de 20.09.1890.

Todavia, não se sabe se pelo curto tempo de elaboração ou por apresentar idéias da Escola Clássica quando a Positiva estava em seu auge, acolhendo adeptos entre a maioria dos juristas, Código foi veementemente criticado por apresentar alguns erros. Então, para corrigi-los, várias leis extravagantes foram promulgadas. Porém este emaranhado de normas, por ser de difícil manuseio, necessitava que se reunissem num único documento o Código e as leis complementares. Esta tarefa foi dada ao Dês. Vicente Piragibe, resultando na Consolidação das Leis Penais que entrou em vigor através do decreto n. 22.213 de 14.12.1932, sendo, pois, revogada pelo atual Código Penal.

3.4. O Código Penal de 1940

Em 1940 foi promulgado o novo Código Penal que teve seu início de vigência marcado para 1.01.1942. Código esse que teve origem no projeto de Alcântara Machado, submetido ao trabalho de uma comissão revisora composta por Néelson Hungria, Vieira Braga, Marcélio de Queiroz e Roberto Lyra.

Não resta dúvida de que as imagens/valores/normas/significações que informavam o Código de 1940 reafirmavam o poder masculino no controle da vida social, ao ressignificar as assimetrias nas relações entre homens e mulheres, ao ordená-las legalmente segundo a perspectiva binária e fixa do sistema sexo/gênero.

3.5. O Código Penal de 1969

Em 21.10.1969 veio a lume outro Código Penal elaborado pelo então Ministro Nélson Hungria, contudo esse foi revogado em 11.10.1978.

O Código Penal de 1969 (Decreto-lei nº 1.004/69), que não chegou a vigor, embora já estivesse em período de *vacatio legis*, possibilitava a imposição de sanção penal a menor entre 16 e 18 anos, se este revelasse suficiente desenvolvimento psíquico, bastante para entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Aqui, o sistema adotado foi o *biopsicológico*, ou seja, o de submissão da pessoa entre 16 e 18 anos a avaliação psicológica para saber se, ao tempo do fato, possuía discernimento sobre a ilicitude de seus atos.

À época, houve insurgência quanto à possibilidade da redução da maioridade penal. Juristas e outros estudiosos combateram veementemente essa inovação não implementada. Justamente em face das críticas, o Código Penal de 1969 não entrou em vigor, e a reforma de 1984 (Lei nº 7.209/84) manteve a inimputabilidade penal ao menor de 18 anos.

3.6. Alterações na Parte Geral em 1984

Em 1984 a parte geral – que trata dos princípios básicos do Direito Penal – do Código é integralmente reformada, através da lei 7.209, de 11 de junho, com a introdução de novos e modernos conceitos, e a consolidação do novo sistema de cumprimento de penas – com progressão de regime mais severo – fechado – a mais brando – aberto – e também a regressão, a possibilidade de novas modalidades de penas, chamadas de alternativas, de prestação de serviços à comunidade e restrição de direitos. A lei 7.210, da mesma data, reformulou ampla e positivamente a execução penal.

A atualização alcançada em 1984 se preocupou com a reconstrução das teorias do delito e da pena com vistas à harmonização da legislação brasileira

ao que havia de mais moderno, cumulando a prevenção e a repressão ao crime sem perder atenção à dignidade do criminoso.

Os princípios essenciais que informaram a reforma da Parte Geral do Código Penal e a elaboração da Lei de Execução Penal foram reafirmados posteriormente na Constituição Federal de 1988, conferindo, ainda segundo a Exposição de Motivos do projeto sob exame, a certeza de que os promotores de ambos os diplomas legislativos estavam perfeitamente sintonizados com os pressupostos de um Direito Penal legislado por um Estado Democrático de Direito.

Como aspectos mais relevantes, referiu-se que o projeto de modificação da Parte Geral do Código Penal visa fundamentalmente dotar de eficácia a lei penal, enfrentando os obstáculos impeditivos de uma efetiva repressão penal, revelados pela administração da justiça criminal no decorrer dos últimos anos.

Assim, simplificou-se o sistema de penas, eliminando-se medidas consagradas, mas, na verdade não aplicadas, gerando-se uma inaceitável impunidade, que alcança o delito de pequena e de média gravidade, tornando a Justiça Criminal ineficaz, quando não propulsionadora da criminalidade pela falta de resposta às infrações cometidas.

Dentre as medidas suprimidas estão a suspensão condicional da pena, o chamado "sursis" e a prisão albergue. Ambos os institutos tinham se transformado em sanções "faz de conta". O "sursis", ou seja, suspensão da execução da pena privativa de liberdade, que poderia ser aplicado sem condições ou com a obrigação de cumprimento de pena de um ano de prestação de serviços à comunidade, em geral vem sendo concedido sem condições, o que constitui uma garantia de não sofrer o condenado qualquer gravame pelo primeiro delito punido com até dois anos de reclusão.

A prisão albergue, forma de cumprimento das penas até quatro anos de reclusão, não se efetivou graças à não criação de casas de albergado em todo o país, transformando-se, em 99% dos casos, em prisão domiciliar, que constitui a

garantia de impunidade, por absoluta falta de controle de que o condenado está passando a noite e os fins de semana trancado em sua residência.

A passagem de um regime prisional para o outro, com o cumprimento de apenas 1/6 da pena e a obtenção do livramento condicional com o cumprimento de apenas 1/3 da pena revelaram-se insuficientes.

Desse modo, com a elevação do tempo de cumprimento para passagem de um regime a outro de 1/6 para 1/3 e do livramento condicional de 1/3 para 1/2 do tempo de pena, assim ficou o sistema:

1- Regime fechado, facultativo para as penas de prisão inferiores há oito anos, mas obrigatório para as penas superiores a oito anos de prisão. Inexistência de trabalho externo no regime fechado. Passagem para o regime semi-aberto, se não houver praticado falta grave, sendo desnecessário exame criminológico. Se não houver falta grave e tiver cumprido 1/3 da pena tem o condenado direito a passar ao regime semi-aberto;

2- Regime semi-aberto, no qual as exigências com segurança são menores. O condenado que iniciar o cumprimento da pena no regime semi-aberto passará 1/3 da pena em trabalho interno, podendo no período de 1/6 da pena até 1/2 realizar trabalho externo ou freqüentar cursos profissionalizantes, retornando diariamente ao presídio. O condenado que passa do regime fechado para o semi-aberto, também, inicialmente deverá trabalhar internamente, só trabalhando fora quando prestes a obter o livramento condicional;

3- O livramento condicional será concedido com cumprimento de metade da pena, sendo importante haver o trabalho de assistência ao egresso, conforme proposta de Política Criminal formulada pelo Grupo de Trabalho;

4- Estabelece-se, quanto ao cumprimento das penas de prisão, que cumpre ao juiz da execução fixar o número máximo de presos em cada estabelecimento, de acordo com suas condições em cada ano. A entrada de um preso além do número fixado, importa em que o condenado com o tempo de pena proporcionalmente maior seja transferido do regime fechado para o semi-aberto.

Se o presídio for semi-aberto, a transferência se dará para o livramento condicional, de forma a evitar a superlotação carcerária.

Forçaram-se, também, investimentos pelos Estados na criação de presídios do regime semi-aberto, consideravelmente mais baratos, mas não privilegiados pelas autoridades governamentais nas unidades da Federação. A falta de vagas prisionais é sentida em apenas alguns dos Estados e há carência maior de presídios do regime semi-aberto, bem mais fáceis de construção;

5- As penas inferiores há quatro anos poderão ser substituídas por penas restritivas, que são: prestação de serviços à comunidade; limitação de fim de semana; interdição ou suspensão temporária de direitos. Suprime-se a pena restritiva de prestação pecuniária, que tem se transformado em instrumento de comercialização e de fraca repressão penal, pela condenação ao pagamento de cesta básica, medida sem qualquer cunho educativo e preventivo;

6- Dentre as penas restritivas, dá-se realce à pena de prestação de serviços à comunidade, que onde tem sido aplicada apresenta resultados excepcionais, como ocorre na comarca de Porto Alegre. Em Fortaleza e em Curitiba há Vara ou Central de Execução de Penas Restritivas, o que é essencial para se operacionalizar o cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade, que aliás é de fácil implementação, bastando que o Juízo conte com o apoio de grupo de assistentes sociais e de psicólogo;

7- As penas de limitação de fim de semana e de interdição de direitos também são valorizadas e em especial criam-se novas penas de interdição de direitos, como, por exemplo, a de proibição do exercício de direção ou gerência de empresa, quando o crime foi cometido no exercício dessa função;

8- A pena de multa é valorizada, podendo ser aplicada em valores que alcançam R\$ 7 milhões, e quando não paga pelo condenado solvente converte-se em pena de perda de bens pelo valor montante da multa. O juiz poderá, durante o processo de conversão, decretar a indisponibilidade dos bens do condenado;

9-. O condenado a pena de multa insolvente, poderá ter a pena convertida em prestação de serviços à comunidade, pelos números de dias multa, mas reduzidos estes dias multa em até três vezes;

10- A medida de segurança tem ampliado a hipótese de tratamento ambulatorial, que pode ser aplicado com relação aos delitos cuja pena máxima cominada seja inferior a quatro anos;

11-. Cria-se, também, quanto ao internamento em manicômio judiciário, a desinternação progressiva, com a possibilidade do internado sair para contato com familiares, medida hoje já efetivada em Montes Claros, com resultados positivos;

Quanto à co-autoria, transforma-se a participação como mandante ou como planejador do fato em causa de aumento de pena, não mais como simples circunstância agravante, sem a obrigatória majoração da pena.

Em artigo intitulado "Plano Nacional de Segurança Pública e o Sistema Penitenciário", publicado no site www.jus.com.br, dentre outros, tem-se a oportunidade de referir que as medidas propostas pelo Governo Federal para o sistema penitenciário nacional não foram inovadoras, porque já devidamente previstas, em quase sua totalidade, pela Lei nº. 7.210/84 – "Lei de Execução Penal".

Relativamente à imediata aplicação das alterações propostas na parte geral do Código Penal, em especial nas concernentes à execução penal, questiona-se se terá efeito imediato, como o esperado, isto é, se alcançarão as penas que já estão sendo executadas, ou se terão eficácia apenas aos fatos praticados após suas vigências.

A respeito do assunto, vige o princípio *tempus regit actum*, segundo o qual, a lei rege os fatos praticados durante a sua vigência.

Dessa forma, em tese, a lei penal não poderá alcançar fatos ocorridos em período anterior a sua validade, nem ter aplicação àqueles verificados quando de sua revogação.

Ocorre que, por disposição expressa, será possível que essa lei poderá ser aplicada a fato ocorrido antes da sua vigência (retroatividade), ou aplicada após sua revogação (ultratividade), aplicando-se sempre aquela que for mais favorável ao agente.

Assim, segundo esses princípios, a lei penal mais benigna possui extratividade, é retroativa e ultrativa e, a lei mais gravosa, não tem extratividade, não possui retroatividade ou ultratividade.

Em comunhão com esses princípios dispõe o artigo 5º, XL, da Constituição Federal que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Garante esse princípio que, não obstante cessada a vigência de uma determinada lei penal, será possível sua aplicação, desde que mais benéfica à lei posterior.

3.6.1. Dos crimes hediondos

Sobre algumas das razões que levaram o legislador pátrio à edição da lei ora em comento, pode-se eleger: dar uma resposta jurídico-política (o que na verdade, não se constituiu numa resposta eficaz) à onda de seqüestros promovidos por grupos armados e tendo — preferencialmente — como vítimas, personalidades do mundo empresarial e sócio-econômico nacional.

Setores influentes da sociedade (empresarial, político, etc.), clamavam junto ao governo e perante alguns escalões da segurança nacional, a tomada de alguma posição legal, de caráter enérgico e que pusesse— o quanto antes —, um paradeiro à seqüência de seqüestro de pessoas que ocupavam uma posição de destaque na sociedade, bem como, igualmente, por outro lado, pudesse inibir ou atenuar a crescente criminalidade nos grandes centros populacionais que, a essa altura, em face de suas proporções inusitadas, expunham a constante perigo a vida das pessoas de bem.

É nesse cenário de aparente intranqüilidade social, que o legislador editou a Lei dos Crimes Hediondos, classificando através de seu art. 1º, determinados delitos como o de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e

V) , o latrocínio, a extorsão mediante seqüestro e sua forma qualificada, o estupro em combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, o atentado violento ao pudor, igualmente com a aplicação do art. 223, *caput* parágrafo único, a epidemia com o resultado morte, além do genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº. 2.889 de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Por outro lado, também através de seu art. 2º, deixou consignado o legislador ordinário que os delitos hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e o terrorismo, seriam insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, e deveriam os agentes infratores de tais delitos (os previstos no art. 2º por último mencionado) cumprirem a pena que lhes fossem aplicada — integralmente— em regime fechado.

Com tal procedimento, pensou o legislador pátrio estar contribuindo para a diminuição da crescente criminalidade, o que não aconteceu.

É entendimento já consolidado nos meios jurídicos, que a criminalidade crescente no Brasil não será resolvida e combatida com eficácia, tão-somente, criando-se diplomas legais mais rígidos com a supressão de direitos e benefícios legais previstos para os que delinqüirem, mas sim, com a adoção de políticas sociais (saúde, educação, emprego, etc.) de caráter permanente e abrangente.

O que se viu, por conseguinte, foi o reverso justamente, ou seja, os índices de criminalidade dos grandes centros populacionais não só não diminuiram como, realmente, aumentaram, pondo em destaque o fracasso da política de rigorismo legal para o combate à criminalidade.

3.6.2. A Lei de Execução e a Lei dos Crimes Hediondos

Tomando como exemplo teórico o crime de tráfico de drogas, previsto no art. 12 da Lei nº. 6.368/76, entende-se que, não obstante respeitáveis

opiniões em contrário, deva ele ter idêntico tratamento na execução da pena (sistema progressivo) como qualquer outro condenado por outro delito.

Ora, a toda evidência, o critério pela natureza do delito — o de tráfico de drogas —, utilizado pelo legislador ordinário, por exemplo, para excluir o direito à progressividade da pena no sistema penitenciário é absolutamente inconstitucional, porque atenta contra o princípio da individualização de pena como também contra o princípio da humanidade da pena, ambos previstos na Carta Política Nacional.

É pelo primeiro que o juiz, em aplicando a pena, irá **individualar, separar, particularizar** a sanção imposta à realidade pessoal de cada infrator e, com isso, quando da execução, terá condições concretas de aferir, examinar, obter dados sobre a maneira sob a qual está sendo absorvida àquela pelo agente condenado e quais serão as suas perspectivas de ressocialização.

Se ao condenado por crime hediondo ou a ele equiparado no caso de tóxicos, não for assegurado os direitos acima elencados, tem-se a precarização do sistema penitenciário, posto que impossibilita a ressocialização, funcionando como um sistema vingativo, e significa um retrocesso em todo o processo de execução penal.

Posto que, a expiação da culpa centrada na única finalidade repressiva e de caráter retributivo atenta contra os princípios que fundamentam os direitos humanos e, por outro lado, não serve aos fins do Estado Moderno de Direito que, basicamente, tem na proteção judiciária ao indivíduo, seu fator exponencial.

Dissertando sobre a matéria e, em especial sobre a situação do recluso sem acesso à progressão, cita-se MANOEL PEDRO PIMENTEL:

...persistirão os males da prisonização, aos quais se somarão outros, como a etiquetagem e a estigmatização. Afixado o rótulo de criminoso no sentenciado, este se torna estigmatizado e, uma vez que é visto definitivamente como criminoso, o desviante aprende a se ver como tal. Separado do grupo que o rotulou, busca identificar-

se com o outro grupo, etiquetado como ele. Produz-se, assim, o que se chama de desvio secundário, uma vez que os etiquetados passam a comportar-se do modo que deles é esperado, tornando-se praticamente impossível sua reabilitação³⁰.

No mesmo sentido, é o entendimento de ANTONIO LOPES MONTEIRO, sobre a prescrição constante do § 1º, do art. 2º:

Este dispositivo, embora seja lógico e decorra da filosófica deste diploma legal, merece severas críticas, pois não leva em conta toda uma política penitenciária, esquece a psicologia forense e as peculiaridades de cada sentenciado, sobretudo a adaptação a uma nova realidade social através do trabalho e da convivência, proporcionados na progressão dos regimes. Olvida-se o legislador de que o condenado nesta situação nada tem a perder, e o passo seguinte é o fomento das rebeliões, a fuga com reféns e a criação de verdadeiras quadrilhas, planejando e comandando empreitadas criminosas de dentro dos muros das casas de detenção e penitenciárias. Enfim, o que deveria ser uma etapa de regeneração transforma-se numa escola de aprimoramento da delinquência organizada³¹.

E, ainda, em confortando o entendimento já expendido, merece, por oportuno, a citação do posicionamento do preclaro Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal que, a respeito, disse:

Tenho como relevante à arguição de conflito do § 1º, do art. 2º, da Lei nº. 8.072/90 com a Constituição Federal, considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no nº. XLVI do art.5º, da Carta Política, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento,

³⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Reforma Penal*. Saraiva. Pág. 55.

³¹ MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes Hediondos - Textos, comentários e aspectos polêmico*", Saraiva, pág. 115.

por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso.

...

Tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do 'mal pelo mal causado' e que sabidamente é contrário aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe de irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja de despersonalização?

Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a Lei nº. 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o

retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo art. 5º, da Lei nº. 8.072/90, foi introduzido no art. 83, do CP, preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem à liberdade condicional desde que não sejam reincidentes em crimes de tal natureza — inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional.

Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir a pena no mesmo regime. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena. Conforme salientado na melhor doutrina, a Lei nº. 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

Por ela, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização.

Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizerem presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o art. 59, do CP que o juiz, atendendo

à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade - e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984.

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º, do art. 2º, da Lei nº. 8. 072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.

Com isto, concedo parcialmente a ordem, não para ensejar ao paciente qualquer dos regimes mais favoráveis, mas para reconhecer-lhe, porque cidadão e acima de tudo pessoa humana, os benefícios do instituto geral que é o da progressão do regime de cumprimento da pena, providenciando o Estado os exames cabíveis.

É inegável que parte dominante da jurisprudência, inclusive dentro do Tribunal, entende ser incabível a progressão do regime fechado para o semi-aberto, em se tratando de crime hediondo, sendo que o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela constitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei nº. 8.072/90, com a seguinte ementa:

À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional³².

Em posição contrária encontra-se JÚLIO FABRINI MIRABETE, que preleciona:

Na interpretação da lei, deve-se atender aos fins sociais a que ela se dirige às exigências do bem comum' (art.5º da LICC). Deve-se, porém, ter em vista na interpretação da lei processual penal que a tutela da liberdade individual está compreendida nos imperativos do bem comum e que o fim da pena é promover a integração social do condenado (art.1º da LEP)³³.

De sorte que o legislador ordinário, ao fixar o cumprimento integral da pena em regime fechado, atentou contra o princípio maior previsto na Constituição Federal, qual seja, o da individualização da pena. Além de ferir os princípios que regem a própria aplicação e execução da norma legal devendo por isso, ser considerado o § 1º, do art. 2º da Lei nº. 8.072/90, inconstitucional, sendo que a previsão constante do art. 112 da Lei nº. 7.210 de 11/07/84 que trata da progressão do regime da pena imposta, será aplicada aos crimes hediondos ou equiparados, caso o recorrente atenda os demais requisitos legais para a obtenção do benefício.

³² HC nº 69.603 — Plenário, j. em 18.12.92, DJU, 23.4.93, pág.6.922

³³ MIRABETE, JÚLIO FABRINI, *in* "Processo Penal", 2a. ed., São Paulo : Atlas, 1992, p.70

CAPÍTULO IV

Execução Penal no Sistema Prisional Brasileiro

As raízes do Direito Penitenciário começaram a formar-se no século XVII, com os estudos de Beccaria e Howard. Durante muito tempo o condenado foi objeto da Execução Penal e só recentemente é que ocorreu o reconhecimento dos direitos da pessoa humana do condenado, ao surgir à relação de Direito público entre o Estado e o condenado.

4.1. O Direito Penitenciário

A tentativa de constituir um código que estabelecesse as normas relativas ao direito penitenciário no Brasil vem de longa data. A matéria era disposta dentro do Código Criminal do Império até que em 1933 o jurista Cândido Mendes de Almeida presidiu uma comissão que visava elaborar o primeiro código de execuções criminais da República.

O projeto era inovador e já tinha como princípio a individualização e distinção do tratamento penal, como no caso dos toxicômanos e dos psicopatas. Previa também a figura das Colônias Penais Agrícolas, da suspensão condicional da execução da pena e do livramento condicional. No entanto o projeto não chegou nem mesmo a ser discutido em virtude da instalação do regime do Estado Novo, em 1937, que acabou por suprimir as atividades parlamentares.

Ainda carente de uma legislação que viesse a dispor sobre a matéria penitenciária, em 1951 o então deputado Carvalho Neto produziu um projeto que estabelecia normas gerais de direito penitenciário, mas o qual, no entanto, não se convertera em lei.

Da necessidade de se reformular e se atualizar a lei de execução criminal, em 1957 foi sancionada a Lei nº 3.274, que dispunha sobre normas gerais de regime penitenciário. Mas já diante de sua inicial insuficiência, em 1957 foi elaborado pelo Professor Oscar Stevenson, a pedido do ministro da justiça o projeto de um novo código penitenciário. Nesse projeto, a execução penal era tratada distintamente do Código Penal e a competência para a execução penal era dividida sob a forma de vários órgãos.

Já em 1962 veio o primeiro anteprojeto de um Código de Execuções Penais, do jurista Roberto Lyra, que inovava pelo fato de dispor de forma distinta sobre as questões relativas às detentas e também pela preocupação com a humanidade e a legalidade na execução da pena privativa de liberdade.

Os dois últimos projetos acima não chegaram nem mesmo à fase de revisão, e, com um nome idêntico e com a mesma finalidade, em 1970 foi apresentado o projeto do professor Benjamim Moraes Filho, o qual teve a colaboração de juristas como José Frederico Marques, e inspirava-se numa

Resolução das Nações Unidas, datada de 30 de Agosto de 1953, que dispunha sobre as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos.

A esse projeto seguiu-se o de Cotrim Neto, o qual apresentava como inovações às questões da previdência social e do regime de seguro contra os acidentes de trabalho sofridos pelo detento. O projeto baseava-se na idéia de que a recuperação do preso deveria basear-se na assistência, educação, trabalho e na disciplina.

Sem lograr êxito, os projetos apresentados pelos juristas não se convertiam em lei, e a República continuava carecendo de uma legislação que tratasse de forma específica a questão da execução penal. Por outro lado, o direito executivo penal cada vez mais se consolidava como sendo uma ciência autônoma, distinta do direito penal e do direito processual penal, e também jurídica, não apenas de caráter meramente administrativo. O próprio direito positivo através da Constituição Federal de 1988 elevou o direito penitenciário à categoria de ciência autônoma, dispondo em seu artigo 24 a competência da União para legislar sobre suas normas.

Finalmente então em 1983 é aprovado o projeto de lei do Ministro da Justiça Ibrahim Abi Hackel, o qual se converteu na Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984, a atual e vigente Lei de Execução Penal.

A lei de execução penal brasileira é tida como sendo de vanguarda, e seu espírito filosófico se baseia na efetivação da execução penal como sendo forma de preservação dos bens jurídicos e de reincorporação do homem que praticou um delito à comunidade. A execução penal é definitivamente erigida à categoria de ciência jurídica e o princípio da legalidade domina o espírito do projeto como forma de impedir que o excesso ou o desvio da execução penal venha a comprometer a dignidade ou a humanidade na aplicação da pena.

De fato, a Lei de Execução Penal é moderna e avançada, e está de acordo com a filosofia ressocializadora da pena privativa de liberdade. Porém, depois de tanta luta e tantos desacertos para que o país pudesse ter uma legislação que tratasse de forma específica e satisfatória sobre o assunto, o problema enfrentado hoje é a falta de efetividade no cumprimento e na aplicação

da Lei de Execução Penal, o que será abordado posteriormente em tópico específico dentro deste trabalho.

4.2. O Estado Atual das instituições de cumprimento de pena

No Brasil, com o advento do 1º Código Penal houve a individualização das penas. Mas somente a partir do 2º Código Penal, em 1890, aboliu-se a pena de morte e foi surgir o regime penitenciário de caráter correccional, com fins de ressocializar e reeducar o detento.

Este sistema é baseado na premissa do isolamento, na substituição dos maus hábitos da preguiça e do crime, subordinando o preso ao silêncio e a penitência, para que encontra-se apto ao retorno junto à sociedade, curado dos vícios e pronto a tornar-se responsável pelos seus atos, respeitando a ordem e a autoridade.

Isto posto, ressalta-se que há uma grande crítica com relação à impossibilidade do sistema penitenciário ressocializar os presos, isto porque, por vezes os presídios não comportam a totalização dos apenados, ou porque os agentes penitenciários não têm formação adequada e tampouco ética no cotidiano com o preso; muitas vezes desrespeitando Princípios básicos de Direitos Humanos e das Garantias Fundamentais.

Tudo isto gera conseqüências drásticas, que não cumprem, nem de longe, com o objetivo de reintegrá-los e ressocializá-los à sociedade.

Neste contexto, são fatos modernos e recentes da realidade do Sistema Penitenciário – dados coletados no Ministério da Justiça:

- Cadeias Públicas segregam presos a serem condenados e com condenações definitivas, em virtude da inexistência de vagas nas poucas penitenciárias em atividade;

- A superlotação dos estabelecimentos penais em atividade, acarreta a violência sexual entre os presos, a presença de tóxico, a falta de higiene que ocasionam epidemias gastrointestinais etc;

- Presos condenados a regime semi-aberto recolhem-se a Cadeia pública para repouso noturno, gerando revolta entre os demais que não gozam de tal benefício, pela inexistência de um grande número de Colônias Agrícolas;

- Doentes mentais, mantidos nas cadeias, contribuem para o aumento da revolta dos presos, os quais têm que suportar a perturbação durante o dia e no repouso noturno, de tais doentes;

- As condições em que se encontram os estabelecimentos penais em atividade (superlotação, falta de higiene, tóxico, violências sexuais, conforme supra mencionado) não fazem mais do que incentivarem ao crime.

- Para solucionar o problema da superlotação dos presídios, seria necessário construir 145 novos estabelecimentos, a um custo de 1,7 bilhões de Reais;

- Hoje o número de detentos na Prisão Federal dos EUA é de 628.000, aproximadamente, sendo que 90% possuem pena de, no mínimo, 8 anos. A população carcerária aumentou de 7% desde 1988;

- O Governo da Suécia despende US\$ 61.000 dólares / ano por preso;

- O Governo dos EUA destina US\$ 25.000 a 30.000 dólares / ano para a manutenção da prisão e salário para o prisioneiro; sendo que, a prisão de Massachusetts, oeste da Virgínia, recebe algo em torno de US\$ 140.000;

- O Governo do Brasil destina US\$ 4.300,00 dólares / ano a cada preso. Cerca de 6 vezes menos que o americano;

O art. 41 da LEP (Lei de Execuções Penais) enuncia os direitos do preso. Os direitos humanos do preso estão previstos em vários documentos

internacionais e nas Constituições modernas. A Constituição Brasileira nada cita em seu contexto, somente o Código Penal, em seu art. 38.

O que se percebe claramente no Sistema Penitenciário Brasileiro, é que a diversidade e desigualdade existentes entre as regiões do país quanto ao critério de desenvolvimento social e econômico, se repetem também neste critério.

4.3. População Carcerária

A população carcerária no Brasil, hoje é de 361.402 segundo informação do Depen. As vagas no sistema penitenciário é de 206.347, sendo que 64.483 encontram-se cumprindo penas na Secretaria Segurança Pública. Entre 1995 a 2005, a população cresceu 94% de modo que a cadeia acaba sendo um espaço de punição, exclusão e materialização da criminalização da pobreza. Como no resto do mundo é formada por jovens, pobres, homens com baixo nível de escolaridade.

O último censo publicado em 23 de outubro de 1996, feito pelo Ministério da Justiça, sob responsabilidade de Paulo Tonet Camargo publicado pela revista Veja, procurou esclarecer os problemas enfrentados pela atual realidade do sistema carcerário brasileiro. Embora este número tenham aumentado no momento e destacado logo no início, é necessário mostrar como a realidade há 10 anos se encontrava o sistema, o que nos faz crer que hoje a realidade é ainda mais horrorizante.

Naquele ano o país possuía 150.000 presos, 15% a mais que em 1994. A massa carcerária cresce ao ritmo de um preso a cada 30 minutos; a AIDS prolifera entre detentos com rapidez de uma peste. Cerca de 10% a 20 % dos presos estão contaminados. 48% dos seqüestradores presos se encontravam no Rio de Janeiro. Os homens já representavam 95,5% da população carcerária, e a maioria cumpre pena por assalto, furto ou tráfico de drogas. 50.000 homens e mulheres já se encontravam confinados irregularmente em celas de delegacias e cadeias públicas. O outro tipo de prisão irregular constatado naquele momento

mas não divulgado o numero era o de pessoas que já haviam cumprido pena e não haviam sido libertadas ainda, o que no momento ainda ocorre no pais inteiro.

- Os crimes mais comuns no Sul e Sudeste do Brasil são de roubo e furto, enquanto que no Amazonas e no Acre o crime mais comum é o tráfico de drogas. Alagoas é o estado onde há mais presos por homicídio. Chegam ao número expressivo de 56,8% da massa carcerária. Já no Nordeste e Centro - Oeste, a maioria das prisões ocorre por assassinato;

- São Paulo é a cidade onde há maior número de presos por habitantes e também a pior situação carcerária: 174 presos para cada grupo de 100.000 habitantes;

- Em Alagoas, por outro lado, há apenas 17 presos para cada 100.000 habitantes, os dados não são animadores, apenas refletem a impunidade que prevalece no Estado. Mais da metade dos presos alagoanos são homicidas;

- O Estado do Rio Grande do Sul é que reúne as melhores condições carcerárias. Não há preso em situação irregular;

Uma pesquisa feita em 1964, demonstra que 90% dos ex-detentos pesquisados procuram emprego nos dois primeiros meses, depois de libertado. Depois de encontrarem fechadas as portas, voltaram a praticar o crime. Estudos mostram que 70% daqueles que saem da cadeia, reincidem no crime. Mais uma vez é necessário lembrar, que embora este número tenha sido apresentado em 1964, à realidade hoje ainda continua sendo esta, pois a sociedade teme em ocupar dos serviços de uma pessoa que possui passagem pela policia, tendo cumprido pena.

No caso de Montes Claros no interior de Minas Gerais, a situação não é diferente, cerca de 87% dos detentos cometeram seus crimes por influencia ou ligação com o tráfico de drogas. Cerca de 81% estão presos por furto e roubo para manter o vício. E cerca de 86% dos homicídios e lesões corporais cometidos na cidade e região tem ligação com o trafico de drogas. Cerca de 78% dos

detentos tem entre 18 e 27 anos. Apenas 6% possuem o Ensino Médio Completo, e apenas 17% possuem o Ensino Fundamental completo. Cerca de 24% não sabem ler e escrever. E cerca de 86% jamais trabalhou com carteira assinada.

Um dado alarmante que ficou evidenciado na pesquisa feita com a população carcerária em Montes Claros, é que cerca de 55% dos entrevistados vem de famílias desestruturadas, em que o convívio com a violência começou desde a infância. E, cerca de 22% não tem qualquer ligação com a família – abandono de pais durante a infância.

É corriqueiro acompanhar as notícias nos jornais quanto aos escândalos das prisões no Pará, por exemplo; fato que não se repete com relação à região sul do país. Pode-se citar aqui, a diferença que se encontram nas prisões do Rio de Janeiro e de São Paulo, onde por falta de atenção das autoridades hoje existem verdadeiros grupos armados formados dentro dos presídios; da realidade existente com relação aos Presídios de Minas Gerais e Espírito Santo.

Retomando o caso de São Paulo e Rio de Janeiro, percebe-se que por diversos motivos que já foram citados acima, um deles a superlotação e a falta de preparo dos agentes penitenciários, na década de 90, ao se colocar detentos que eram envolvidos com o tráfico de drogas, com os demais detentos que por vezes eram profissionais liberais, e que tinham conhecimento de organização de empresa, houve a troca de informação de um “mundo” com o “outro”. O que possibilitou a evolução e o melhoramento das antigas gangues. Gerando assim, os “comandos” nas favelas desses dois estados.

Quando a sociedade civil organizada percebeu essa movimentação, é que se começou a tomar providências, mas não para desfazer o grupo, e sim para evitar que ele se espalhasse para mais Estados da federação. Nesse contexto, percebe-se que Minas Gerais por exemplo foi beneficiado, posto que recebeu muitos incentivos para melhorar o seu sistema penitenciário.

Nos dias presentes se questiona com bastante insistência sobre um importantíssimo ângulo do problema da pena, qual seja, o de assegurar a todos os detentos condições de trabalho, estudo e capacitação profissional como assegura

a LEP, além de igualar as condições de tratamento dos detentos em todos os Estados Brasileiros. Mas essa não é uma tarefa que será feita da noite para o dia.

O Departamento Penitenciário Brasileiro vem realizando um programa nacional de formação e aperfeiçoamento do servidor, mediante convênios com o Estado, cursos de formação do pessoal que milita na área penitenciária, além de extensão universitária para diretores e pessoal de nível superior, juntamente com cursos de especialização e pós - graduação do pessoal do sistema penal em todo o território nacional, justamente com a finalidade de evitar que os Princípios Éticos fundamentais e da Dignidade Humana sejam mormente feridos por pessoas não especializadas.

O Ministério da Justiça, desde a sua primeira programação penitenciária, vem construindo estabelecimentos penitenciários em todas as unidades da Federação, de acordo com o Programa de Reformulação e Sistematização Penitenciária, que determina perspectivas inéditas à arquitetura carcerária nacional, com o intuito de construir novas Casas de Custódia, que passarão a abrigar aqueles que precisam acertar suas contas com a justiça.

Além disso, um outro projeto do governo, visa retirar da Polícia Civil e Militar a guarda dos detentos, como forma de garantir que as duas polícias se dediquem exclusivamente as suas funções precípuas. Instituído e fortalecendo os agentes penitenciários, que serão os responsáveis pela guarda dos detentos, reduzindo-se, senão por completo, a massa detida dentre as celas das Delegacias.

Diante dos dados coletados acima, percebe-se que a criminalidade brasileira é um problema social, que é muito mais grave porque passa pelo problema das drogas, cumulada com a falta de preparo dos jovens frente ao mercado de trabalho, juntamente com a vontade exacerbada e cultuada pelo capitalismo, em incentivar e fomentar o consumo.

CAPÍTULO V

Reincidência criminal no Brasil

Com os elevados índices de reincidência criminal todos perdem, perde o criminoso, o Estado e a sociedade, pois os efeitos refletem na Economia, na Segurança Pública e na própria sensação de impotência experimentada pelo cidadão comum. Além obviamente, dos efeitos nefastos que se manifestam na pessoa que comete o crime. A reincidência criminal, nos tempos atuais deixa de

ser problema localizado, a própria titular da Secretária de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, Marília Muricy, dado ao Jornal A Tarde declara³⁴:

Temos no Brasil uma elevação significativa do índice de violência que cria um grau de insegurança coletiva e faz com que a opinião pública acredita que é segregando pessoas que se vai dar um fim no problema da insegurança. Isso é leviano, inclusive porque o índice de reincidência é alto o que significa que as prisões não estão reeducando pessoas na carreira criminal. (12/02/07)

Foi constatado através da pesquisa feita com os detentos na cidade de Montes Claros, no ano de 2008 a 2009, que cerca de 70% dos detentos foram materialmente reincidentes, evidenciando o fracasso do sistema prisional é Foucault que descreve muito bem esse problema:

Pensava-se que somente a detenção proporcionaria transformação aos indivíduos enclausurados. A idéia era que estes refizessem suas existências dentro da prisão para depois serem levados de volta à sociedade. Entretanto, percebeu-se o fracasso desse objetivo. Os índices de criminalidade e reincidência dos crimes não diminuíram e os presos em sua maioria não se transformaram. A prisão e a prisionização mostram-se em sua realidade e em seus efeitos visíveis denunciados como um grande fracasso da justiça penal ³⁵.

Porém de acordo com a Lei de Execução Penal, das Regras Mínimas para Tratamento de Pessoas Presas, pelo próprio Código Penal, as pessoas ao saírem do cárcere deverão estar reabilitadas não como alguém que aprendeu, a sobreviver na prisão, mas uma pessoa que terá êxito no mundo externo. Isto só é possível com a implantação de tratamento incumbido de medidas sociológicas, penais, educativos, profissionais, psicológicas e métodos científicos, de forma integrada e o respeito pela dignidade humana para a sua

³⁴ MURICY, Marilha – Jornal A TARDE – dia 12 de fevereiro de 2007.

³⁵ FOUCAULT, Michel. Op cit. p.32.

reinserção social, medidas de prevenção para diminuir a reincidência. Nota-se que a questão da reincidência é grave, Michel Foucault, cita:

Devemos inverter o problema e nos perguntar para que serve o fracasso da prisão; qual a utilidade desses diversos fenômenos que a critica, continuamente, denuncia: manutenção da delinqüência, indução em reincidência, transformação do infrator ocasional em delinqüência?³⁶

Enfim mesmo cumprindo a sua pena o infrator sofre com uma série de marcações como ex-delinqüente, posto que além de estar preso, existe sempre o medo e o preconceito da sociedade com esses indivíduos que dificulta ainda mais a sua recolocação social.

A Lei n. 9714/98 alterou as condições necessárias à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito.

- o a pena privativa de liberdade imposta não poderá exceder quatro anos. Em se tratando de crime culposos, será cabível a substituição, qualquer que seja o *quantum* da pena aplicada. Seja o crime doloso ou culposos, se a condenação for igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se for superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos (parágrafo 2º, do artigo 44, Código Penal).

Na sistemática anterior, a pena privativa de liberdade imposta deveria ser inferior a um ano, a menos que se tratasse de crime culposos. Em tal hipótese, poderia ser ultrapassado o limite legal, se possível à aplicação cumulativa da pena restritiva de direitos com a pena pecuniária, ou então a aplicação de duas penas restritivas de direitos, que pudessem ser executadas simultaneamente.

³⁶ FOUCAULT, Michel. Op cit. p.226.

- o o crime não poderá ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (artigo 44, I, Código Penal). Com tal condição, procurou o legislador excluir da substituição da pena de crimes mais graves, que indicam, por suas próprias características, a necessidade de prisão.
- o A não reincidência do réu em crime doloso. Mesmo que o réu não seja primário, fará jus à substituição da pena. Entretanto, apesar de o inciso II do artigo 44, estabelecer essa condição, o parágrafo 3º do mesmo dispositivo legal permite que o juiz aplique a substituição da pena ao condenado reincidente, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude de prática do mesmo crime.
- o Será finalmente necessário, para que se opere a conversão, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem como suficiente à substituição, da pena ao réu.

Os critérios de suficiência, de natureza subjetivo-objetiva, foram postos pelo legislador nos mesmos termos do artigo 59, Código Penal, quando se cuidou da individualização da pena. Irrelevantemente apenas os dados referente às conseqüências do crime e ao comportamento da vítima. A suficiência deverá ser interpretada no sentido de que, não obstante a substituição, a pena infligida mostre-se suficiente à repressão e à prevenção genérica do crime.

5.1. Apoio da Família

Todo o apoio que deve ser dispensado aos detentos no estabelecimento prisional é parte da responsabilidade do Estado. Mas pela vivência no âmbito prisional, percebe-se que a grande dificuldade da

ressocialização encontra-se principalmente dentro do indivíduo, e aqui é preciso incluir o papel da família nesse laboroso processo.

Isto ocorre, porque como foi dito, além do Sistema Prisional Brasileiro estar muito aquém do previsto na LEP, os egressos do sistema prisional enfrentarão após sua saída, todo o preconceito e a discriminação que a sociedade civil trata esses indivíduos.

Pensando nisso, é imprescindível que essas pessoas tenham um ponto de apoio, até que encontrem uma recolocação dentro da sociedade civil organizada.

Ficou evidenciado na pesquisa de campo feita na cidade de Montes Claros que cerca de 55% dos reeducandos vem de famílias desestruturadas, quais sejam, pais violentos que maltratam a esposa e os filhos, mães solteiras que vivem se prostituindo, a droga dentro da família, dentre tantos outros. Além disso, cerca de 22% não recebem atenção alguma da família, muitos destes, viviam como mendigos.

Diante desse panorama em que se percebe um esfacelamento da sociedade familiar, é necessário que o Estado ajude também essas famílias a superarem tais traumas e que aceitem e apoiem o detento, de forma que ele se sinta parte da sociedade, e queira se reintegrar.

As psicólogas e assistentes sociais que participaram da pesquisa, foram unânimes em dizer dos poucos presos que ressocializam praticamente todos eles tiveram participação direta da família em todo o processo de confinamento, e o clamor dos entes queridos, juntamente com o sofrimento causado a eles, impulsionou os reeducandos a deixarem o mundo do crime.

5.2. Práticas de combate ao ócio e assistência

É importante salientar, que para que se efetive a ressocialização os reeducandos tem que passar por transformações que devem ser de dentro pra fora. Isso se efetiva quando o Estado, na pessoa de seus agentes penitenciários

juntamente com o grupo técnico de profissionais encarregados da guarda e recuperação destes detentos, trabalhem com os preceitos da LEP.

Isso pode ser feito assegurando **Assistência Médica, Odontológica e Higiene**: Segundo a Lei de Execução Penal em seus artigos 12 e 14 o preso ou internado, terá assistência material, em se tratando de higiene, a instalações higiênicas e acesso a atendimento medico, farmacêutico e odontológico. As condições higiênicas em muitos estabelecimentos são precárias e deficientes, além do que o acompanhamento médico inexistente em algumas delas.

Mas em Minas Gerais, no ano de 2008 fez-se concurso público para selecionar profissionais na área da Saúde, Educação, Psicossocial e Jurídica a fim de atender as necessidades de todos os reclusos. Não se pode dizer que os problemas já foram resolvidos, mas pelo menos, percebe-se que medidas tem sido tomadas a fim de assegurar esse direito de todos os reclusos.

Alimentação - No estado de Minas Gerais, a parte a que toca em alimentação é feita através de processo licitatório, onde empresas concorrem para a prestação do serviço de alimentação aos detentos. A alimentação é fornecida pelas empresas sem que não há contato com os presos no processo de preparo. As instalações são próprias das empresas, sendo fora dos estabelecimentos penitenciário.

Trabalho - De acordo com a LEP, todos os presos condenados devem trabalhar. É preciso notar, porém, que as obrigações legais com relação ao trabalho prisional são recíprocas: os detentos têm o direito de trabalhar e as autoridades carcerárias devem, portanto, fornecer aos detentos oportunidades de trabalho. Apesar das determinações legais, entretanto, os estabelecimentos penais do país não oferecem oportunidades de trabalho suficientes para todos os presos.

Art.28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena.

Art. 128. O tempo remido será computado para a concessão de livramento condicional e induto.

Laborterapia, trata-se de ocupar o tempo fazendo uma atividade profissional. Poderão os detentos desenvolver atividades que varia da manutenção do presídio, panificação, cozinha e faxina, até atividades como a confecção de bolas, caixões e outras tantas atividades mais que possam ser desenvolvidas dentro dos presídios.

As prisões deve ser reformuladas com a criação de oficinas de trabalho, para que a laborterapia possa ser aplicada de fato, dando oportunidade para que o condenado possa efetivamente ser recuperado para a vida em sociedade.

Deve-se ressaltar que o reduzido número de detentos empregados é resultado da escassez de oportunidades de trabalho, e não de falta de interesse da parte dos detentos. Para começar, de acordo com a LEP o trabalho deveria ser obrigatório, e não opcional. Mas ainda mais convincente, na prática, é o incentivo criado pela própria lei para a redução de sentenças. De acordo com esse dispositivo legal, para cada três dias de trabalho, um dia deve ser debitado da sentença do detento. Ansiosos para sair da prisão o mais rápido possível, quase todos os detentos estão dispostos a trabalhar, mesmo sem receber. Na verdade, os detentos reclamaram muitas vezes da falta de oportunidades de trabalho. A escassez de trabalho nas carceragens das delegacias é uma das muitas razões pelas quais os detentos se revoltam para serem transferidos para as prisões. Os que possuem trabalho, estes variam da manutenção, limpeza e reparos, oferecidos nas prisões, que são contratos por empresas particulares.

Algumas prisões tem oficinas controladas pela Fundação Nacional Penitenciária (FUNAP), órgão encarregado de gerir o trabalho profissional. Nessas

oficinas os presos trabalham em serviços de costura e carpintaria. O salário varia de prisão para prisão, e conforme a LEP, é determinado que os detentos recebam três quartos do salário mínimo por mês, sendo que muitas prisões não pagam nada aos detentos, violando assim a lei.

Assistência jurídica, Psicológica e Social - Hoje, o povo tem clara consciência da aplicação discriminatória da lei, até pelas tradições do direito. O artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso LVII, se lê “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A assistência jurídica é de direito de todos os presos, mas parte destes são de classe baixa, tendo que esperar o serviço de assistência gratuita, que possui um número muito baixo de defensores públicos, o que não resta a estes esperar por uma oportunidade.

No sentido da assistência social, o preso deve receber amparo para ser preparado para sua liberdade. O assistente social deverá realizar trabalhos, para instruí-lo como na conquista de um emprego, na regularização de documentos e na sua socialização. Atualmente, o número de assistentes também é muito baixo, sendo que os serviços muitas vezes são prestados por voluntários como jovens, religiosos e alguns outros que sentem compaixão pelo detento.

5.3. Educação no Estabelecimento Prisional e ressocialização para o indivíduo

A educação tem assumido um papel cada vez mais proeminente nas nossas sociedades. O desenvolvimento do ser humano como pessoa e o desenvolvimento das nações (econômico, tecnológico, científico, social e cultural) muito devem à evolução do sistema educativo ao longo dos séculos.

Segundos dados do Departamento Penitenciário Nacional, órgão do Ministério da Justiça, cerca de 70% dos presos não têm ensino fundamental completo e apenas 18% têm alguma atividade educacional nas prisões. Para o secretário de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, André Lázaro, a

política pública do governo é levar o ensino a todas as prisões do país, em regime de colaboração com os estados (Fonte: <http://portal.mec.gov.br/secad/>)

Hoje existe um projeto chamado Educando para Liberdade, que propõe que os órgãos responsáveis pela educação e pela administração penitenciária se articulem na preparação dos agentes, gestores penitenciários e professores para esse trabalho. Os principais problemas encontrados são a falta de espaço físico nas unidades prisionais, a desarticulação entre as secretarias responsáveis pela administração de educação e penitenciárias e a formação de professores dispostos a atuar nesses locais.

A criação de um sistema educativo que inclua todos, sem qualquer tipo de exclusão, deve ser uma prioridade do sistema educativo; ou seja, é indispensável que a política educativa considere em igualdade todas as modalidades de ensino.

Embora privados de liberdade, os reclusos mantêm a titularidade dos demais direitos fundamentais, devendo a execução decorrer de forma a facilitar a sua reintegração na sociedade, preparando a sua reinserção de modo responsável.

O direito à educação é fundamental enquanto direito do cidadão, constitucionalmente inserido no universo dos direitos económicos, sociais e culturais. Sendo, por conseguinte, a educação promotora da reinserção das pessoas sujeitas a medidas privativas de liberdade, de acordo com os objetivos fixados na Constituição e na Lei.

É importante compreender que as oportunidades dadas a esta população específica também contribuem para o desenvolvimento do país, nomeadamente através da melhoria das condições de vida dos reclusos (quando posteriormente em liberdade) e das suas famílias e para a diminuição do número de residentes nas prisões; atualmente tão elevado, o que torna relevante para todos os cidadãos em geral que seja garantida educação de qualidade em meio prisional.

Através da educação orientada para o desenvolvimento de valores, atitudes, capacidades e competências que favoreçam a aprendizagem, a adaptabilidade e a relação que cada pessoa adote como um instrumento básico necessários ao desenvolvimento do seu ser em relação com os outros. Dessa forma, os reclusos podem desenvolver atitudes positivas perante a sociedade em que estão inseridos, motivar-se relativamente aos conhecimentos escolares e encontrar o seu lugar na sociedade.

Em suma: é crucial o aprofundamento da visão interdisciplinar e interinstitucional de modo a aumentar a interação do sistema prisional e do sistema escolar, para uma efetiva concretização do direito à educação enquanto dimensão fundamental da liberdade e da cidadania.

CONCLUSÃO

Diante do caos em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro percebe-se que se vê a necessidade da adoção de modalidades alternativas de

prisão. Esse tipo de condenação torna-se mais eficaz, pois não dificulta, muito menos impede, a reinserção do condenado à sociedade.

Em vários países - Inglaterra e Alemanha , por exemplo - 80% das penas são condenações alternativas. No Brasil, como mostra o censo de 1995, entre 98% dos condenados apenas 2% foram punidos com penas alternativas, em um universo de 15% que poderiam ter sido apenados com esse tipo de pena.

Quem apregoa a repressão deveria pensar primeiramente na prevenção dos delitos e na criação de condições sócio-econômicas, para impedir a geração de novos delinqüentes. As causas estruturais que alimentam a violência devem ser combatidas com a distribuição de renda, moradia e acesso irrestrito à educação, saúde, cultura e lazer, que são direitos garantidos a todos pela Constituição.

Deve-se lutar por uma política inteligente e criativa que possa efetivamente recuperar o infrator, primando pela proteção e garantia dos direitos fundamentais. Respeitar a liberdade humana não significa deixar impunes certos crimes, pois há uma nítida diferença entre encarcerar e punir.

De fato, é ilusão achar que todos os reeducandos receberão o tratamento assegurado na LEP, isto ocorre porque como foi dito acima, se em muitos estados brasileiros não tem vagas para manter com dignidade inúmeros detentos, quanto mais garantir a eles um programa de desenvolvimento constante, onde o detento passe por um Penitenciária de Segurança Máxima ou Média por exemplo, já tendo acesso a trabalho e cursos que aperfeiçoem seu conhecimento, após sua progressão de regime, possa ser encaminhado para Colônias Agrícolas ou Industriais, onde o detento continuaria a trabalhar e a ser capacitado, e que por último, mas não menos importante, fosse encaminhado para uma Casa de Albergado, onde teria uma liberdade vigiada.

Diante disso, propõe-se com este trabalho, que sejam adotados pelo sistema penitenciário brasileiro medidas que apontem para a humanização, respeitando-se, principalmente, os Direitos Fundamentais do cidadão. No entanto há outras tendências que apontam para a conservação do *status quo*, utilizando-

se ainda de um posicionamento violento e inflexível, frente às mudanças ocorridas na vida social.

Conforme ficou demonstrado acima, as principais propostas que se pode fazer frente a diminuição da reincidência criminal, já estão prevista na LEP, quais sejam, garantir o acesso do reeducando à assistência médica, odontológica, psicossocial, jurídica, ao trabalho, ao estudo e principalmente à família.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. et. al. Lições de Direito Alternativo. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1991.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

COSTA JR., Paulo José da. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 4.º ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir - História da violência nas prisões. 20.ª ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.

HULSMAN, Louk, CELIS, Jaqueline Bernat de. Penas Perdidas. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 14 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PASSETI, Edson, SILVA, Roberto B. Dias da. et. al. Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade primitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ALBERGARIA, Jason. Manual de Direito Penitenciário, São Paulo, Ed. Aide. - 1998.

CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal, Itália, Ed. Conam. Tradução em 1957.

CATÃO, Yolanda; FRAGOSO, Heleno; SUSSEKIND, Elizabeth, Direito dos Presos, Ed. Forense - 1999.

REVISTA VEJA, 23 de outubro de 1996, Paulo Tonet Camargo.

Site JUS NAVEGANDI (www.jus.com.br).

Site DIREITO (www.direito.com.br).

ALBERGARIA, Jason. Das penas e da Execução Penal. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Código Universitário Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2005

FOLCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 28 ed. Petrópolis.: Vozes, 2004.

GALVÃO, Fernando. Aplicação da Pena. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HERKENHOFF, João Baptista. Direitos Humanos: a construção universal de uma utopia. Aparecida: Santuário, 1997.

MIRABETTI, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 18 ed. São Paulo. Atlas, 2001.

MUAKAD, Irene Batista. Pena Privativa de Liberdade. São Paulo: Atlas, 1996.

OTTOBONI, Mário. Ninguém é irrecuperável. 2º ed. ver. e atual. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

OTTOBONI, Mário. Vamos matar o criminoso?. 2º ed. São Paulo: Paulinas, 2001.

RODRIGUES, Alan. Sob o domínio do crime. Revista ISTO É, São Paulo, nº. 1909 24 de junho de 2006.

Virginia da Conceição Camargo é acadêmica de direito cursando o último ano na Faculdade de Direito do Sul de Minas

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 1. ed. São Paulo. Edipro, 1999.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão.** 3. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1993.

BOLSANELLO, Elio. **Panorama dos processos de reabilitação de presos.** Revista Consulex. Ano II, n. 20, p. 19-21, Ago. 1998.

JESUS, Damásio E. de. **Sistema penal brasileiro: execução das penas no Brasil.** Revista Consulex. Ano I, n. 1, p. 24-28, Jan. 1997.

JUNIOR, João Marcelo de Araújo. **Privatização das prisões.** 1. ed. Rio de Janeiro. Ruan, 1991.

DOTTI, Rene Ariel. **Bases alternativas para um sistema de penas.** 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Privatização de Presídios.** Revista Consulex. Ano III, n. 31, p. 44-46, Jul. 1999.

THOMPSON, Augusto. **A Questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2002.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Reforma Penal*. Saraiva. Pág. 55.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes Hediondos - Textos, comentários e aspectos polêmico*", Saraiva, pág. 115.

MIRABETE, JÚLIO FABRINI, *in* "Processo Penal", 2a. ed., São Paulo : Atlas, 1992, p.70